

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

Neoconstitucionalismo y Derecho Privado:

**La aplicación inmediata de derechos fundamentales/constitucionales
entre particulares y la acción de protección**

Carolina Arroyo A.

Tesina de grado

presentada como requisito para la obtención de título de abogada.

Director: Dr. Jaime Vintimilla Saldana

Quito, abril de 2011

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO

Neoconstitucionalismo y Derecho Privado: La aplicación inmediata de derechos fundamentales/constitucionales entre particulares y la acción de protección.

ALUMNO

Andrea Carolina Arroyo Aguirre

EVALUACIÓN:

- a) Importancia del problema presentado.
El tema es vital para comprender el impacto de las reglas y principios neoconstitucionales en la realidad ecuatoriana, especialmente los efectos de la garantía jurisdiccional denominada de protección.
- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.
Considero que muestra las debilidades y deficiencias del nuevo modelo constitucional y gracias a la doctrina y jurisprudencia trata de advertir algunos peligros en la manera de administrar justicia constitucional.
- c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.
Cuenta con bibliografía actualizada y pertinente.
- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).
Los argumentos son fácticos normativos y pragmáticos lo que permite un acercamiento pleno al tema.

FIRMA DIRECTOR:

© Carolina Arroyo A., 2011

A mis cinco ángeles, por ser
mi luz, mi guía y mi razón de existir.

Agradezco al Dr. Jaime Vintimilla Saldana
por su tiempo, su dedicación y por despertar
en mí la pasión por el Derecho.

Resumen

Esta tesina estudia la relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado. A través de la aproximación a la teoría alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*, se plantea la hipótesis de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales y constitucionales a relaciones entre privados, particularmente frente al ejercicio de la garantía constitucional de la acción de protección. Se trata de un asunto que puede desembocar en invasiones del neoconstitucionalismo hacia ámbitos regulados tradicionalmente, por el Derecho Privado.

El análisis se divide en cinco capítulos para demostrar que la estructura axiológica de la Constitución de 2008 incorporó teorías del constitucionalismo moderno. En el primero se estudian la relación entre el neoconstitucionalismo y Derecho Privado, asimismo la *Drittwirkung der Grundrechte*. En el segundo y tercer capítulo se analizan a la acción de protección y los métodos de interpretación y argumentación jurídica del neoconstitucionalismo, respectivamente. Finalmente en el cuarto capítulo se analiza jurisprudencia nacional y comparada para concluir que las invasiones mencionadas son una posibilidad cierta.

A través de estas páginas el lector podrá percibir cómo la Constitución de Montecristi adoptó asuntos de trascendental importancia para la teoría del constitucionalismo y cómo se otorgaron grandes poderes discrecionales a los jueces de la justicia constitucional, lo que es una aventura incierta en la realidad jurídica ecuatoriana.

Abstract

This dissertation hypothesizes the existing relation between Modern Constitutionalism and Private Law. Through the analysis of the German theory of the *Drittwirkung der Grundrechte* we are going to show how the axiological structure of the Ecuadorian Constitution 2008 requires the immediate application of fundamental and constitutional rights to *inter private* relations, particularly when constitutional actions are filed against private acts or omissions.

Our analysis is divided into five chapters, in order to prove how this new regime might lead to invasions towards fields that are traditionally governed by Private Law. The first chapter is addressed to explain the relationship between modern constitutionalism and Private Law, as well as the history and characteristics of the *Drittwirkung der Grundrechte*. The second one is directed to explain the characteristics and scope of application of the “acción de protección”, as a constitutional action conceived to promote the effective and immediate protection of the constitutionally recognized rights. On our third chapter we will approach the methods of juridical interpretation and argumentation needed in modern constitutionalism. On our fourth chapter we will analyze Ecuadorian and comparative jurisprudence, to conclude on the fifth chapter how this invasion is a possibility.

Throughout these pages, the reader will perceive how the adoption of a new constitutional regime in Ecuador has incorporated modern constitutional theories and has impliedly given high discretionary powers to judges of the constitutional justice.

Tabla de Contenido

RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: APLICACIÓN INMEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES	5
1.1 RELACIÓN EXISTENTE ENTRE NEOCONSTITUTCIONALISMO Y DERECHO PRIVADO.....	5
1.2 LA TEORÍA DE LA <i>DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE</i> O APLICACIÓN INMEDIATA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	17
1.3 DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES	33
CAPÍTULO II: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO PARA LA RECLAMACIÓN DE DERECHOS	40
2.1 NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	41
2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	46
2.3 PROCEDENCIA Y ALCANCE DE LA ACCIÓN CONTRA ACTOS DE PERSONAS PRIVADAS	47
2.4 REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN...	58
2.5 COMPARACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EL AMPARO DE 1998	62
2.6 PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN.....	64
CAPÍTULO III: MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL	66
3.1 DELIMITACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	66
3.2 PRINCIPIOS Y REGLAS	69
3.3 PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	73
3.3.1 Principio de Ponderación	73
3.3.2 Principio de Proporcionalidad	79
3.4 PAPEL DEL JUEZ DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y APLICACIÓN INMEDIATA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	83
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA .	93
4.1 SENTENCIA NO. 1	93
4.2 SENTENCIA NO. 2	99

4.3 SENTENCIA NO. 3	101
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	117
PLEXO NORMATIVO.....	122
JURISPRUDENCIA.....	123

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, es una nueva forma de constitucionalismo que plantea un modelo diferente de organización jurídico-política, y como una teoría jurídica basada en cláusulas de carácter valorativo. Según exponentes como Miguel Carbonell y Luis Prieto Sanchís, se trata de una transformación que puede ser estudiada desde tres puntos de vista: teórico, metodológico e ideológico.

El neoconstitucionalismo teórico propone la adopción de una nueva Constitución omnipresente en todo el sistema jurídico, mientras que el metodológico relaciona el derecho y la moral, en términos justificativos. Finalmente el neoconstitucionalismo ideológico, es aquel que propugna como fin primario la defensa y aplicación de los derechos fundamentales¹. Posee tres componentes filosóficos rotundos, el ontológico que hace alusión al orden constitucional de valores subyacente; el epistemológico relativo a la posibilidad de reconocer el orden de valores, por lo que puede ser aplicada por los jueces; y, el componente social, que otorga a los administradores de justicia la potestad de enmendar los aciertos o desaciertos del legislador².

El constitucionalismo moderno es el resultado de las falencias del Estado de Derecho excesivamente positivista, que no pudo resolver de manera adecuada las necesidades y problemas de los ciudadanos. El antecedente histórico inmediato al neoconstitucionalismo se encuentra en la Segunda Guerra Mundial, período en el que la violación de los derechos humanos y fundamentales fue permitida por los ordenamientos jurídicos de los Estados totalitarios, ya que en éstos no existían garantías para los derechos.

Las consecuencias sociales, jurídicas y políticas de este conflicto, ocasionaron que los marcos constitucionales posteriores, y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX,

¹ Arturo Gangotena Guarderas. *De la Constitución a la no Constitución*. Quito: Cevallos, 2010, p.40.

² Juan Antonio García Amado. "Prólogo". *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Jorge Zavala Egas. Guayaquil: Edilex, 2010, p. 20.

sufrieran una transformación sustancial. Los cambios se dirigieron a garantizar la efectiva vigencia de los derechos de los ciudadanos, apartándose poco a poco de la fuerte tradición positivista hacia un sistema tutelar de las libertades contra el ejercicio arbitrario de poder.

La necesidad de contar con mecanismos efectivos que limiten el poder estatal y que eviten los actos abusivos que vulneran los derechos fundamentales, ya se hizo palpable en la doctrina jurídica desde los trabajos de Locke y Montesquieu. La evolución histórica de protección contra el poder, originó lo que actualmente conocemos como garantismo o tutela de los derechos de los individuos. La formulación de técnicas para garantizar de manera idónea el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente, se convirtió en una necesidad prioritaria.

El garantismo sintetiza de cierta manera la teoría propia del Estado constitucional de derecho, pues según Luigi Ferrajoli, esta teoría plantea un modelo normativo de derecho, al mismo tiempo que refleja una filosofía política tendiente a la limitación jurídica del poder, para alcanzar la democracia y enfrentar la constante dicotomía entre “el ser” y “el deber ser jurídico”.

Fue en el año 1958, a través del fallo dictado en el famoso caso “Lüth”, que el Tribunal Constitucional Federal alemán, presentó de manera expresa la necesidad de limitar el ejercicio de poder por parte de particulares, y en las relaciones de carácter privado. Este fallo, instauró los fundamentos del garantismo en sus diferentes manifestaciones e inició la ponderación en el sistema alemán. A partir de este momento de gran trascendencia histórica, las constituciones dejaron de verse como un documento normativo rígido, cuyo objeto exclusivo era la organización del poder³ y pasaron a ser consideradas como cuerpos de normas materiales, que permiten una adecuación efectiva a las dinámicas necesidades de protección de los ciudadanos.

³ Cfr. Luis Prieto Sanchís. “Constitucionalismo y Garantismo”. Garantismo. *Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Fernández Ciudad: Editorial Trotta, p. 42.

Los trabajos de Nipperdey en el derecho laboral, y los estudios de Dürig, Lombardi, Canaris entre otros, se dedicaron a tratar la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, en sus diferentes tesis o aproximaciones. Se trata de una teoría progresista, pues comprende la necesidad de limitar los abusos de poder de donde sea que éstos provengan.

Así, la aplicación inmediata de los derechos fundamentales a relaciones gobernadas tradicionalmente por el Derecho Privado, puso de manifiesto el valor material y teleológico de las normas constitucionales. Ya que éstas se tornaron aplicables de manera directa en relaciones jurídicas de carácter privado, con el objeto de proteger los derechos de los ciudadanos de manera efectiva y no únicamente cuando los abusos de poder provenían del Estado.

Esta tesina tiene como objeto principal, estudiar asuntos importantes de la doctrina constitucional, como son la aplicación inmediata de los derechos fundamentales entre particulares y el garantismo propio del Estado constitucional de derechos, en el régimen constitucional ecuatoriano actual. Lo que se busca es determinar si esta teoría está presente en la Constitución de Montecristi y si la aplicación del modelo garantista, junto a la regulación de relaciones entre privados, podrá ocasionar invasiones hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado.

El objetivo es determinar si mediante el ejercicio de una garantía constitucional, específicamente desde el ejercicio de la acción de protección, existe o no un riesgo de invasión hacia ámbitos del Derecho Privado. Nuestro estudio se realizará en cinco capítulos, enfocados a analizar las diferentes aristas del problema planteado. En el primer capítulo se estudiará la relación existente entre el Neoconstitucionalismo y el Derecho Privado, particularmente la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y frente a terceros o *Drittwirkung der Grundrechte*.

En el segundo capítulo se hará un análisis sobre la naturaleza y el alcance de la acción de protección, como mecanismo para la protección de derechos reconocidos por la Constitución. En el capítulo tres se estudiarán asuntos de gran importancia para el

constitucionalismo moderno, como son los métodos de interpretación y argumentación constitucional, desarrollados para la correcta aplicación de los principios y derechos fundamentales. También se analizará el papel que desempeñan los jueces constitucionales y, en general, todos los jueces que aplican justicia constitucional en nuestro país.

Finalmente en el cuarto capítulo se analizará jurisprudencia ecuatoriana y jurisprudencia comparada relevante para observar esta relación en la práctica judicial. El quinto capítulo está dirigido a establecer las conclusiones de la investigación.

Nuestra hipótesis de trabajo responde a las preguntas: ¿Es la acción de protección un mecanismo directo para la reclamación de derechos contra particulares, cuyo ejercicio puede provocar invasiones hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado? ¿La Constitución ecuatoriana contempla la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, la misma que se evidenciará en los diferentes pronunciamientos dentro de procesos de acción de protección?

Como se observará a lo largo de esta investigación, esta teoría se encuentra de manera subyacente en nuestra Constitución y la aplicación de la misma, podría desembocar efectivamente en invasiones hacia otros campos del Derecho, como ha sucedido en diferentes jurisdicciones con un régimen constitucional similar.

CAPÍTULO I: APLICACIÓN INMEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES

1.1 RELACIÓN EXISTENTE ENTRE NEOCONSTITUTCIONALISMO Y DERECHO PRIVADO

La Constitución de un Estado es la norma jurídica suprema que regula todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos. El constitucionalismo y la doctrina de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales o *Drittwirkung der Grundrechte*, han hecho palpable el riesgo de que, por virtud de la primacía de la Constitución pueda perderse, o al menos verse seriamente afectada la identidad del Derecho Privado⁴.

Se torna entonces necesario precisar cuál es el impacto que tiene la Ley fundamental en el Derecho Privado, para poder determinar si ésta prevé una injerencia en ámbitos regulados por éste último, y observar las posibles consecuencias de dicha injerencia. Ricardo de Ángel Yáñez, considera que ese impacto se manifiesta básicamente en tres aspectos:

En primer lugar, en la posibilidad (o no) de atribuir efectos directos a las normas o a los principios constitucionales que se refieren a instituciones de Derecho civil o mercantil. En segundo término...sobre si los derechos fundamentales y libertades públicas son o no aplicables – también directamente- a conflictos *inter privados* [...] (*Drittwirkung der Grundrechte*). En tercer lugar, coinciden en que los dos grandes principios del derecho privado que pueden verse afectados por el orden constitucional, en el ámbito de lo patrimonial, son la autonomía privada (en definitiva, la libertad) y la responsabilidad⁵.

En definitiva, el régimen constitucional irradia sus principios y directrices a las diferentes ramas del Derecho y asimismo establece lineamientos para todo tipo de relaciones, ya sea entre entes del Estado; entre privados y el Estado o incluso únicamente

⁴ El Título IX de la Constitución de 2008 regula los principios de supremacía de la Constitución.

⁵ Ricardo, De Ángel Yáñez. “Algunas consideraciones previas sobre Constitución y Derecho Privado”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, pp. 121-122.

entre privados. De esta manera, existen muy pocos o ningún ámbito que no está regulado o que no pueda ser influenciado por la Constitución y sus principios supremos.

La Ley Fundamental no pretende ser un orden valorativamente neutral, y su sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del derecho (legislación, Administración, y jurisprudencia). En todos ellos se debe tener en cuenta la influencia de los derechos fundamentales en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Es por esto que aparentemente la autonomía del Derecho Privado se ve afectada y podría incluso teóricamente desaparecer⁶, en aplicación inmediata y directa de los lineamientos constitucionales.

La teoría del constitucionalismo de la posguerra, fuertemente influenciada por las consecuencias sociales, económicas y jurídicas del conflicto mundial, provocó un debate en cuanto al papel y funciones de la Carta Magna. Ramiro Ávila Santamaría sintetiza la tesis doctrinaria de Francis Delpérée y establece que las constituciones modernas deben: 1. recuperar la defensa de los derechos, 2. la limitación de los poderes, 3. la democratización de las instituciones, 4. el Estado de derecho, 5. la incorporación de controles judiciales, y 6. La constitucionalización de las ramas del derecho⁷.

De esta manera, por un lado se encuentra la Constitución inspiradora de principios generales que extiende su ámbito de aplicación, y por otro, está el Derecho Privado; pilar fundamental que sostiene todo el sistema jurídico dedicado a regular aspectos de la vida en sociedad, que no están necesariamente descritos ni explicados de manera exhaustiva dentro de la Carta Fundamental.

La Constitución posee una serie de principios y valores que deben plasmarse en todas las normas de carácter inferior. El legislador, como uno de los encargados de velar por la protección a esta norma, tiene que determinar el alcance, contenido y límites de estos

⁶ Cfr. Ricardo, De Ángel Yáñez. “Algunas consideraciones previas sobre Constitución y Derecho Privado”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, pp. 121-122..

⁷ Al respecto de este tema, revisar Francias Delpérée, “Le renouveau du droit constitutionnel” y Fernando Torres “Presidencialismo Constituyente y el Estado Constitucional de Montecristi”.

principios en las diferentes vertientes del ordenamiento jurídico. De esta manera, *prima facie* no deberían existir normas que contravengan la Constitución, pues los principios o valores constitucionales son subyacentes y transversales a todo el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esta concepción genera el cuestionamiento, sobre si la aplicación de los derechos fundamentales y los principios constitucionales se realiza de manera directa o indirecta. Existen casos en los que, indiscutiblemente, la aplicación de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales debe hacerse de manera inmediata; por ejemplo, en las provisiones de Derecho Privado que contienen normas de derecho obligatorio y que, de ser violadas atentaría contra el orden público del Estado.

En virtud del bienestar general, estas normas también deben ser vinculantes para las relaciones jurídicas entre individuos y, por eso, se hallan sustraídas al dominio de la voluntad privada⁸. El Tribunal Constitucional Federal Alemán en la sentencia del caso Lüth dispuso:

La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el derecho público y lo complementan. Éstas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta-en especial-con las “cláusulas generales” que, como el § 826 BGB, remiten para la valoración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil e incluso extralegales, tales como el de las “buenas costumbres”. Así, para determinar el contenido y alcances de las exigencias sociales de un caso en particular, se debe partir, de la totalidad de las concepciones axiológicas que el pueblo-en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual-ha alcanzado y fijado en su Constitución. Por consiguiente, se ha designado con razón a las cláusulas generales como el “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil⁹.

⁸ Mijail, Mendoza Escalante. “La aplicación de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, pp. 142-143.

⁹ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 7, 198 I. Senate 1 BVR 400/ 51 en Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Stiftung, S/F, p. 204

La relación existente entre el neoconstitucionalismo y Derecho Privado, puede establecerse como un vínculo bilateral entre los derechos fundamentales y los jueces, quienes al aplicar el derecho, y mediante sus pronunciamientos y enunciados tipo S¹⁰, tienen la obligación de velar por los valores y principios supremos contenidos en la Constitución.

Se trata también de una relación con los legisladores quienes mediante sus enunciados tipo L, es decir sus disposiciones normativas, crean normas y cuerpos legales que rigen la relación entre la Carta Suprema y los asuntos de las distintas ramas del Derecho; entre ellas, las interacciones entre privados.

Esta aplicación extensiva de las disposiciones constitucionales por medio de los diferentes enunciados de los distintos poderes estatales, es lo que se conoce como teoría de la irradiación, que establece la necesidad de que los derechos fundamentales irradian todo el ordenamiento jurídico. Los enunciados son construcciones que expresan principios, reglas que confieren poderes, permisos, juicios de valor y la regla de reconocimiento¹¹. De esta manera, los diferentes poderes estatales, a través de sus construcciones pueden establecer y regular la relación entre la Norma Suprema y el Derecho Privado.

El problema surge cuando se torna imposible determinar hasta qué punto pueden las directrices constitucionales interferir en las relaciones privadas y cuáles son los límites para la intervención de los jueces o aplicadores del derecho dentro de campos regulados por el Derecho Privado. Podríamos entonces argüir que más que tratarse de una irradiación de los principios supremos, esta injerencia podría tornarse en una invasión, que al menos teóricamente, podría desembocar en la desestructuración absoluta del ordenamiento jurídico de menor jerarquía.

Esto se evidencia en la dificultad que existe para demarcar con certeza y de manera categórica los ámbitos cognoscitivos de la jurisdicción constitucional y de la ordinaria,

¹⁰ Enunciado jurídico de carácter valorativo.

¹¹ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial S.A., 1996, p. 165.

especialmente en un Estado constitucional de derechos y justicia, como el Ecuador. Para Fernando Torres el riesgo de invasiones se cristalizó cuando,

La Constitución de Montecristi profundizó la peligrosa constitucionalización del Derecho privado después que le dejó sin rango constitucional a la economía social de mercado. En efecto, abrió la posibilidad para que, tanto por la vía legislativa como por la vía judicial, las instituciones privadas, dentro de conflictos entre particulares [...] sean abordadas con las herramientas del Derecho constitucional y del Derecho público¹².

Una primera colisión que podemos observar en esta relación, es la que existe entre el principio de legalidad y otros principios constitucionales. Por ejemplo, en el caso de que la aplicación de una norma, perfectamente legal, contenida en el Código Civil, llegare a violentar principios o disposiciones constitucionales, debería volverse inaplicable en un Estado constitucional de derechos. Pues los derechos constitucionales son aplicables de manera inmediata por y ante cualquier juez. De esta manera, nos encontramos frente a una encrucijada, en la que valores intrínsecos al Derecho Privado, como son la autonomía privada y la libertad, podrían verse seriamente afectados por la supremacía de la Constitución.

La doctrina alemana ha atribuido la obligación de aplicar derechos fundamentales, de manera mediata, dentro de relaciones entre particulares, al “deber de protección” (*Schutzpflicht*) que tiene el Estado. Éste es el comportamiento que deben asumir los órganos estatales cuando la conducta de terceros, principalmente particulares, pero también otros Estados, vulnera o pone en peligro los bienes iusfundamentalmente protegidos¹³. El deber de protección hace referencia a la relación existente entre el Estado, obligado de proteger efectivamente los derechos y los ciudadanos, sujetos pasivos de esta relación.

¹² Luis Fernando Torres. “El presidencialismo constituyente y el Estado Constitucional de Montecristi”. *La Nueva Constitución del Ecuador*. Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 441.

¹³ Alexei Julio Estrada. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 75.

Tradicionalmente se realiza mediante la expedición de normas jurídicas, por lo que en principio se trata de una obligación del legislador, que está contenida en el Art. 84 de la Constitución ecuatoriana que establece:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y las demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

La doctrina considera que frente al deber de protección del Estado existe un correspondiente derecho subjetivo que permita reclamar, a los órganos competentes, la actuación debida para proteger efectivamente los derechos de los ciudadanos. Así, en el Ecuador, esto podría realizarse a través de la acción de protección cuando se plantea contra actos públicos.

En estos modelos, es el juez quien controla la constitucionalidad de las normas emitidas por el poder legislativo y sobre los jueces, recae la dura tarea de convertirse en los celosos guardianes de la armonía legislativa con la Constitución del Estado, así como mantener su supremacía no solo formal sino también material¹⁴.

A pesar de que existe una rama del Derecho dirigida a gobernar las relaciones jurídicas entre privados; los negocios jurídicos celebrados entre ellos; y las diferentes controversias que entre los mismos podrían surgir. El Estado tiene la obligación e incluso el imperativo moral, de velar por que dentro de estas relaciones no se presenten circunstancias, que a pesar de ser aparentemente legales, puedan contravenir las disposiciones de carácter constitucional.

La consecuencia de esta postura es que los derechos fundamentales repercuten en las relaciones jurídico privadas a través del Derecho Privado [ya que] las normas constitucionales que los enuncian, como tales y por sí solas, no vincularían en éstas, sino a

¹⁴ Cristian Masapanta. "El juez garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del constitucionalismo ecuatoriano". *Debate Constitucional*. Luis Fernando Torres. Quito: Cevallos, 2010, p. 91.

la ley que para proteger esos derechos, ha sido establecida por el legislador, justamente, en cumplimiento del denominado deber de protección¹⁵.

Por lo tanto, una primera aproximación a la relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado es la que existe por la función que tienen los Estados de brindar protección a los derechos fundamentales y constitucionales de sus ciudadanos. Se trata de una obligación de carácter jurídico objetiva que debe llevarse a cabo de manera activa, es decir; tomando acciones positivas que detengan o prevengan vulneraciones a los mandatos constitucionales por la aplicación de regulaciones contenidas en el Derecho Privado. Es por ello, que el Estado tiene la obligación de declarar la inconstitucionalidad de las normas que atenten contra los principios constitucionales y de igual manera, debe tutelar los derechos de los ciudadanos a través de acciones tradicionales como el amparo o la acción de protección en el Ecuador.

De acuerdo a lo planteado por Robert Alexy, existen tres niveles que resuelven el problema que surge al explicar los efectos de los derechos fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico privado. De esta manera, los deberes del Estado se configuran porque las normas enuncian derechos fundamentales en cuanto a ciertos principios u orden objetivo de valores, y por lo tanto, el Estado está obligado a tenerlos en cuenta en la legislación y en la jurisprudencia civil. Por otro lado, se encuentran los derechos frente al Estado, que son los que facultan a los ciudadanos a reclamar la protección de sus derechos a través de las diferentes garantías, y, por último se encuentran las relaciones jurídicas entre sujetos de Derecho Privado.

Las invasiones del constitucionalismo hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado, tienen su origen en la transformación de la parte dogmática de las constituciones modernas y muy proteccionistas de los derechos fundamentales. Estas constituciones sufrieron una metamorfosis, en la que se dejó de lado el modelo geográfico de interpretación constitucional y se llegó a un modelo de ponderación.

¹⁵ Mijail, Mendoza Escalante. “La aplicación de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, p. 148.

En estos modelos las invasiones son posibles y probables, cuando las circunstancias del caso concreto lo requieren, con el objeto de velar por la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y constitucionales. En el caso ecuatoriano, según Fernando Torres, “la clásica división de la Constitución en dos partes, una dogmática y otra orgánica, no está presente [...] Los derechos del buen vivir y los ejes del ordenamiento jurídico y económico recorren todo el entramado constitucional”¹⁶.

Esta relación puede sustentarse siempre que existan en el ordenamiento jurídico privado cláusulas o conceptos generales del derecho, capaces y necesitados de ser colmados valorativamente¹⁷. El Código Civil ecuatoriano se encuentra colmado de conceptos abiertos susceptibles de ser valorados subjetivamente, tales como “un buen padre de familia”, “buenas costumbres”, “buena fe”, entre otros. Éstos, a pesar de que estar contenidos y regulados en el Derecho Privado, deben ser necesariamente valorados e interpretados a partir de los principios constitucionales para poder determinar claramente su alcance.

La relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado, se ve gobernada por el problema respecto a la aplicación de derechos fundamentales a las relaciones entre particulares; relaciones que normalmente se ven reguladas por el ordenamiento jurídico de carácter privado. Las cuestiones específicas son si existe tal efecto; cómo se despliega (problema de construcción) y, finalmente, cómo ha de resolverse (problema de colisión)¹⁸.

En la práctica, la forma de resolución de los conflictos de derechos que son regulados por el Derecho Privado pero que tienen implicaciones constitucionales, se convierte en un aspecto de fundamental relevancia. Estas colisiones y su posterior resolución, podrían afectar o contraponerse a los mandatos y principios contenidos en la Constitución.

¹⁶ Luis Fernanado Torres. Op.Cit., p. 446.

¹⁷ Alexei Julio Estrada. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 149.

¹⁸ Mijail Mendoza. Op.cit., p.207.

Para el neoconstitucionalismo, este problema debe resolverse generalmente a través del método de la ponderación. Sin embargo, se trata de un problema más complejo de interpretación y argumentación constitucional que debe incluir no sólo la ponderación, sino también la subsunción y la aplicación del principio de proporcionalidad, para que después de hacer un examen de necesidad e idoneidad de las normas, se pueda resolver la colisión de derechos regulados por el ordenamiento privado con implicaciones constitucionales, como se verá en el capítulo tres de esta tesina.

Luis Prieto Sanchís sintetiza la relación existente entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado de la siguiente manera:

Detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos. Para explicarlo por vía de ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código Civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la llamada “función social” de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad¹⁹.

Una segunda aproximación a esta relación se observa en la posibilidad de limitar los derechos propios del régimen privado, cuando diferentes consideraciones de carácter constitucional lo hagan necesario. De esta manera, las directrices constitucionales no sólo subyacen el ordenamiento jurídico, sino que pueden transformarse en acciones positivas, para el control y protección de los derechos fundamentales y los derechos consagrados en la Constitución. Esta consideración presenta de manera inherente el quid de esta relación: ya que no cabe hablar por un lado de cuestiones constitucionales y, por otro, de cuestiones de derecho ordinario, porque todas están o pueden ser constitucionalizadas²⁰.

La construcción de este problema nos lleva inevitablemente al papel que tienen los encargados de resolver las colisiones entre normas constitucionales con normas de derecho

¹⁹ Luis Prieto Sanchís. “El constitucionalismo de los derechos”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 216-217.

²⁰ *Ibíd.* p. 234.

privado. Los jueces y tribunales constitucionales tienen la misión de proteger no sólo los derechos fundamentales, sino todos los derechos consagrados en la Constitución. Esta misión no se reduce únicamente a la evaluación de la procedencia de recursos como el de amparo o la acción de protección, sino que los jueces se convierten en los encargados de liderar y dirimir el juego de competencias entre las diferentes jurisdicciones.

Son los jueces quienes deberán solventar si los límites establecidos por el ordenamiento jurídico privado, pueden ser transgredidos para establecer la supremacía de la Constitución. El principio de supremacía constitucional tiene una doble consideración:

La supremacía normativa [significa] que la norma de la constitución debe triunfar sobre la norma sub-constitucional. La supremacía ideológica es igualmente forzosa: tanto se atenta contra una constitución cuando se actúa contraviniendo sus reglas normativas, como cuando se adopta una conducta opuesta a su techo ideológico²¹.

Frente a esta realidad, los tribunales constitucionales tendrán que enfrentarse a situaciones en la que la tarea de respetar la autonomía privada se verá limitada cuando exista una necesidad especial de proteger derechos fundamentales. A *prima facie* el problema que surge de esta relación, es que existe un resquebrajamiento del sistema y la seguridad jurídica de los fallos judiciales.

Si bien es verdad que en el Ecuador, la acción dirigida a atacar decisiones judiciales que violenten derechos constitucionales es la acción extraordinaria de protección, debido a esta relación se podría llegar a la revisión de la constitucionalidad de las situaciones jurídicas privadas haciendo uso de otras garantías constitucionales, como la acción de protección.

Este riesgo es lo que genera mayor preocupación doctrinaria con respecto a esta relación. El límite de las injerencias no está regulado en ninguna parte, los principios y valores constitucionales son muy amplios y tienen una naturaleza adaptable y moldeable de acuerdo al caso concreto. De esta manera, el neoconstitucionalismo podría colarse en todos

²¹ Nestor Pedro Sagües. *Los principios específicos del derecho constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, S/F, p. 28.

los ámbitos regulados por el Derecho Privado, sin que exista la posibilidad de que esto se torne inconstitucional.

Los jueces encargados de la justicia constitucional tienen la tarea última de determinar los límites, de haber alguno, con respecto a esta injerencia, en sus diferentes pronunciamientos y sentencias de carácter obligatorio y vinculante. En el caso ecuatoriano, estos límites podrían establecerse por medio de las diferentes sentencias seleccionadas como jurisprudencia vinculante por la Corte Constitucional. Esta relación se vuelve aún más peligrosa pues los jueces no sólo son quienes crean el derecho, sino que éstos no están sujetos por su parte a ningún tipo de control. Aquí yace uno de los problemas jurídicos de la relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado: *qui custodes custodio?*²².

La doctrina neoconstitucionalista impone una carga de valoración moral casi absoluta a las diferentes situaciones jurídicas. De esta manera, las relaciones jurídicas entre particulares, se ven sometidas a un control constitucional desde diferentes ámbitos. No sólo las normas de Derecho Privado que regulan esta relación pueden ser inaplicadas para dar lugar a la aplicación directa de la Constitución, sino que ciertas situaciones jurídicas permitidas dentro del Derecho Privado podrían llegar a ser violatorias al Derecho Constitucional y consecuentemente, absolutamente inaplicables.

A manera de ejemplo, la renunciabilidad de ciertos derechos en contrataciones privadas podría ya no ser permitida, por la eventualidad de que dicha renuncia pudiera llegar a violentar derechos constitucionales. Por otro lado, ciertas facultades y derechos consagrados por el Derecho Privado podrían ser restringidos por la necesidad de aplicar de manera preferente los derechos y principios fundamentales y todos los que la carta constitucional consagra.

De esta forma, nos encontramos frente a un nuevo derecho en donde los principios de Derecho Privado pierden identidad y autonomía ya que se encuentran subordinados a normas de carácter abierto; a principios mutables que no permiten prever ni determinar con

²² ¿Quién custodia al custodio?; ¿Quién controla al contralor?

certeza el resultado de diferentes situaciones, no sólo constitucionales, sino también de carácter privado.

Es difícil fijar la relación exacta entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado, porque ésta puede palparse en situaciones de diferente índole. Así, el régimen contractual podría verse sumamente afectado, si entran en consideración inmediata los derechos constitucionales que limitan la autonomía de la voluntad, o si se torna obligatorio hacer un análisis de ponderación de los derechos de acuerdo a los principios constitucionales, incluso para la contratación. Por otro lado, el régimen de responsabilidad extracontractual o incluso el derecho de familia, podrían verse sometidos a principios que si bien, al estar presentes de manera subyacente controlan su constitucionalidad. La aplicación de manera directa de los principios y derechos constitucionales podría desarmar el régimen hasta hoy vigente en nuestro país.

Podemos concluir que la relación existente entre el Derecho Privado y el neoconstitucionalismo se caracteriza por ser riesgosa e inestable en términos de predictibilidad, pues los pilares clásicos del Estado de Derecho, como son la autonomía de la voluntad privada, seguridad jurídica, separación de poderes, entre otros, podrían verse seriamente afectados.

Debido a las diferentes dimensiones de esta relación, vamos a considerar la teoría alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, pues ésta presenta a *prima facie* las aristas y posibles efectos de la relación entre neoconstitucionalismo y Derecho Privado. Se trata de una relación que podrá sólo conocerse claramente, una vez que los jueces constitucionales “construyan” el nuevo Derecho en el Ecuador.

1.2 LA TEORÍA DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* O APLICACIÓN INMEDIATA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El constitucionalismo de la posguerra, introdujo una serie de cambios en cuanto a aplicación de derechos, la interpretación constitucional y el papel de los jueces constitucionales, al momento de enfrentarse a conflictos de carácter constitucional. El paso del Estado de Derecho fuertemente positivista hacia el Estado constitucional, implica una transformación sustancial del sistema jurídico. Entre estos cambios se encuentran principalmente la protección efectiva y garantizada de los derechos fundamentales y la aplicación inmediata de los principios consagrados en la Carta Magna, haciendo uso de nuevos modelos de interpretación de las normas constitucionales. Se trata de un enfoque diferente de argumentación jurídica para la resolución de casos concretos.

De acuerdo a Luigi Ferrajoli, el constitucionalismo es un programa normativo para el futuro,

en el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también internacional ²³.

Dentro de este marco doctrinario y dogmático constitucionalista, la obligación del Estado y sus órganos, consiste en proteger y garantizar los derechos fundamentales y todos los derechos ordinarios consagrados en la Constitución. Es por ello, que se debe contar con un mecanismo adecuado para la protección y vigencia de los mismos. Es de esta manera, como la efectiva vigencia de los derechos fundamentales entre particulares, frente a

²³ Luigi Ferrajoli. “Sobre los derechos fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 72-73.

terceros, o dentro de conflictos *inter privatos*, es una parte importante y en desarrollo en la teoría neoconstitucional²⁴.

La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, fue desarrollada en Alemania en los tribunales laborales con la doctrina de Nipperdey²⁵ y se consolidó en el ámbito constitucional, a partir de la decisión emitida el 15 de enero de 1958, por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, dentro del famoso caso Lüth. Se trata de un momento de gran trascendencia, pues esta decisión es considerada como el fundamento de la doctrina de los efectos horizontales de las normas constitucionales, y de la misma manera fundó lo que actualmente se conoce como el “Paradigma de la Posguerra”.

Esta teoría consiste en la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, no sólo en las relaciones en las que el Estado es parte, sino también en las relaciones entre privados. De esta manera, los derechos y valores protegidos por la Carta Magna y por instrumentos internacionales deberán ser aplicados de manera directa por los jueces y también deberán ser considerados en las relaciones jurídicas existentes entre privados.

La sentencia del caso Lüth (BVerfGE 7, 198 I. Senate 1 BVR 400/ 51) fue dictada el 15 de enero de 1958, por la Primera Sala de la Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*), dentro del recurso de amparo propuesto por Erich Lüth, en contra de la sentencia dictada el 22 de noviembre de 1951 por el Tribunal Estatal de Hamburgo.

El proceso frente al Tribunal Estatal de Hamburgo inició debido a que Erich Lüth, el presidente del club de prensa de la ciudad de Hamburgo, solicitó y trató de persuadir a los teatros alemanes y distribuidores de películas, que no incluyeran entre su programación la

²⁴ Si bien garantismo y neoconstitucionalismo no son sinónimos, para el objeto de estudio de esta tesina, se considera que el rasgo principal del neoconstitucionalismo es la protección efectiva y garantizada de los derechos fundamentales.

²⁵ Nipperdey, en su disertación “*Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*” de 1950 presentó la teoría del efecto directo entre particulares cuando determinó que los hombres y mujeres que desempeñaren el mismo trabajo, les correspondía un salario igual.

película *Unsterbliche Geliebte*²⁶. Este filme había sido producido por el director de cine Veit Harlan, quien durante la época del nacional socialismo alemán había rodado la película *Jud Süß*²⁷.

Los productores y distribuidores del film *Unsterbliche Geliebte*, presentaron una demanda en contra de Lüth, amparándose en el Art. 826 del Código Civil alemán, que dispone: “Quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño”. El Tribunal Estatal de Hamburgo, en su sentencia del 22 de noviembre de 1951, consideró que las manifestaciones de Lüth eran un acto ilícito. Por lo tanto ordenó que éste se abstuviera de solicitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas que no incluyeran dentro de la programación la película *Unsterbliche Geliebte*. Asimismo ordenó que se abstuviera de incitar al público alemán a no ver esa película. La conducta de Lüth fue considerada como un boicot contrario a las buenas costumbres.

Erich Lüth presentó un recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional Federal, arguyendo que la sentencia del Tribunal de instancia violaba sus derechos fundamentales, particularmente su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional consideró que la sentencia sí violaba el derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente, contenido en el Art.5 párrafo uno frase uno²⁸ de la Constitución alemana, ya que se le establecía la prohibición de expresar y manifestar libremente su opinión con respecto a la película.

El análisis del Tribunal Constitucional se basó en que el objeto y fin de los derechos fundamentales era que éstos no sólo debían estar destinados a resaltar la prevalencia del ser humano y su dignidad frente al poder del Estado, sino que también debían aplicarse en todas las esferas del Derecho. Al respecto del carácter de la norma fundamental, la Corte

²⁶ Amante Inmortal.

²⁷ Película líder de propaganda antisemita.

²⁸ Toda persona tiene el derecho de expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

Constitucional dispuso que la Constitución como un orden de valores no neutral, aporta directrices e impulsos a todos los poderes del Estado y también establece lineamientos para la regulación de todo tipo de relaciones.

La Corte Constitucional determinó que el Tribunal de instancia debió haber analizado y considerado si las disposiciones materiales de Derecho Civil aplicadas para la resolución del caso, habían sido influenciadas por los derechos fundamentales o no. Así:

El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho. Así, como el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo derecho [anterior a la Constitución moderna] debe orientarse-en cuanto a su contenido. A ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación. Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las normas de conducta del derecho civil, que han sido influenciadas por los derechos fundamentales, sigue siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil. Se interpretará y aplicará el derecho civil, aún cuando su interpretación deba apegarse al derecho público; es decir a la Constitución.²⁹

Se llegó a la conclusión de que la sentencia del Tribunal de instancia dejó por fuera la influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Civil. Pues en aplicación de normas de Derecho Privado se desconoció una norma jerárquicamente superior, contenida en la Constitución Alemana y en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789; la norma que prevé el derecho fundamental a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional revocó la sentencia que dio origen al recurso de amparo. De esta forma, la aplicación de los derechos fundamentales entre privados se consolidó.

Esta sentencia hito, entre sus diferentes aportes logró establecer que la ponderación judicial no es discrecional ni es una opción, sino que se trata de una necesidad; de una

²⁹ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 7, 198 I. Senate 1 BVR 400/ 51 en Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Stiftung. S/F. p. 204.

obligación constitucional que implica la interpretación de derechos constitucionales a través de un sistema piramidal y objetivo de valores³⁰.

En principio, la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* sólo podía ser teóricamente aplicable en jurisdicciones como las de Alemania y España, debido al marco constitucional existente. De acuerdo a Alexei Julio Estrada, es un asunto que interesa sólo en

los casos en que exista una jurisdicción constitucional, ante la cual pueda adelantarse un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, y por último que dicha jurisdicción se haya declarado a su vez competente para conocer por tal procedimiento conflictos sobre posiciones iusfundamentales que tengan su origen último en relaciones entre particulares³¹.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* es un aspecto que debe tenerse en consideración por parte de los órganos encargados de la plena vigencia de los derechos fundamentales. Particularmente, porque se trata de un asunto que genera un interesante juego de competencias entre: la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria y el legislador, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones entre particulares³². Doctrinariamente se establecieron diferentes teorías con respecto a la *Drittwirkung der Grundrechte*; una teoría inmediata y una mediata.

La teoría de la eficacia inmediata o *Unmittelbare Dittwirkung* fue sostenida por Nipperdey y éste entendió al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución alemana, como un derecho constitucional objetivo vinculante y que podía derogar, modificar, completar o crear disposiciones para las relaciones jurídicas privadas. El análisis de Nipperdey consistió en que, cuando existen ciertas circunstancias que pueden colocar a los ciudadanos en una situación de sujeción a un particular, que de cierta manera

³⁰ Jacco Bomhoff. "Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing". German Law Journal. Vol. 09, No. 02, p. 121-124. Disponible en http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No02/PDF_Vol_09_No_02_121-124_Articles_Bomhoff.pdf

³¹ Alexei Julio Estrada. "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales". *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p 122.

³² Alexei Julio Estrada. Op.cit., p 122.

equivale a la sujeción del individuo al poder estatal, las normas constitucionales deben aplicarse directamente³³. Se trata de una postura doctrinaria que compartimos, y en el capítulo dos de esta tesina, observaremos cómo el régimen constitucional ecuatoriano actual, previó tal posibilidad e instauró una garantía para su efectiva aplicación.

En el Ecuador, debido a la entrada en vigencia de la Constitución del 2008 y tanto por la estructura constitucional como por la existencia de garantías como la acción de protección, se hará necesario el desarrollo y análisis de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Principalmente, porque tal como lo dijo el Tribunal Constitucional en el caso Lüth:

la conducta del juez, al hacer caso omiso de la influencia del contenido objetivo de un derecho fundamental en las relaciones *inter privatos*, supone no sólo lesionar el derecho constitucional objetivo, sino también vulnerar al quejoso en su derecho constitucional subjetivo³⁴.

La segunda teoría es la *Mittelbare Drittwirkung* o aplicación mediata de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares. Se trata de la tesis sostenida por Dürig, quien asegura que los derechos fundamentales son aplicables al ámbito privado, cuando existen ciertos conceptos privados que pueden ser valorados, a partir de los lineamientos de los derechos fundamentales. De manera aparente, esta concepción de la *Drittwirkung* sólo considera a los derechos fundamentales lineamientos para el legislador, lo que no es del todo acertado y no corresponde al objeto de estudio de esta tesina.

Una aproximación ecléctica al problema es la planteada por Robert Alexy, pues pretende elaborar un modelo que combine los aciertos de las teorías y, al mismo tiempo, también corrija sus errores. Así, cohabitan tres niveles en el problema de la aplicación de los derechos fundamentales a relaciones entre privados. Por un lado están los deberes del Estado entre ellos el deber de protección y el efecto irradiante en el ordenamiento jurídico; los derechos de los ciudadanos frente al Estado (deber del juez a considerar los derechos

³³ Alexei Julio Estrada. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 107, cuando cita a “Frei” de Nipperdey.

³⁴ Alexei Julio Estrada. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 132.

fundamentales en sus decisiones) y finalmente los derechos de los ciudadanos en relaciones *inter privados*.

La teoría de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales o eficacia inmediata de los derechos fundamentales entre privados, es una teoría subyacente en las Constituciones modernas cuyo gran contenido material axiológico obliga a hacer una interpretación de los principios constitucionales para regular todo ámbito; incluso obliga a la observación de normas que regulan las relaciones de Derecho Privado. Juan María Bilbao Ubillos en su obra “La eficacia de los derechos fundamentales”, realiza un extenso análisis sobre esta teoría y llega a la conclusión de que la relación debe tener en consideración la diferencia estructural de los derechos fundamentales.

En la Constitución ecuatoriana no existe un reconocimiento expreso de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales entre particulares. Sin embargo, existen argumentos normativos que permiten proclamar dicha eficacia directa. El Título II de la Constitución de Montecristi trata sobre los Derechos y en su capítulo I se establecen los principios de aplicación de los derechos. En esta sección están contenidas dos normas de fundamental importancia para nuestro objeto de estudio.

El Art. 11 dispone:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...
4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

El numeral tercero de este artículo hace alusión a la aplicación inmediata y directa de las normas constitucionales, y el numeral cuarto trata sobre la relación existente entre las normas constitucionales y las demás normas del ordenamiento jurídico. En nuestro caso particular se trata de la relación con las normas de Derecho Privado.

Por otro lado, el primer inciso del Art. 426 de la Constitución establece como uno de los principios de supremacía de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales:

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen directamente.

La Constitución también reconoce esta aplicación directa de las normas constitucionales cuando impone dos obligaciones claras a los particulares, contenidas en el Art. 83 en los numerales 1 y 5:

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.
5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento.

Asimismo, el Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)³⁵, cuyo inciso segundo dispone:

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Como se puede observar, estas normas establecen la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, incluso entre particulares. Estas afirmaciones cobran más sentido y más fuerza si consideramos la obligación de tutela que tiene el Estado a través de la garantía jurisdiccional de la acción de protección, la misma que será analizada a profundidad en el capítulo 2 de esta tesina y cuyo texto reza lo siguiente:

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de

³⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 el 9 de marzo de 2009.

derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Esta acción contempla la posibilidad de que el agresor sea un sujeto público o un sujeto particular. La estructura dogmática progresista de la Constitución de 2008, incluye la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, por lo que analizaremos cómo ésta se debería proyectar en la jurisprudencia nacional sobre la acción de protección.

Con el caso Lüth se inició la tesis de la “imputación judicial” de la vulneración. Conforme a esta tesis, la vulneración de los derechos fundamentales que sufre un particular dentro de una relación entre privados, no es imputable a su contraparte ni tiene origen en la relación *inter privados*, sino que la ocasiona el juez cuando al aplicar el derecho ordinario para decidir un conflicto entre particulares lesiona los derechos fundamentales³⁶. Es por esto que la función del juez tiene gran importancia al momento de resolver conflictos privados que involucran derechos fundamentales o constitucionales³⁷.

La nueva estructura constitucional ecuatoriana, los principios que rigen el sistema de administración de justicia³⁸ y la estructura dogmática de la Constitución de Montecristi, traen de manera inherente la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Por lo tanto, es necesario analizar cómo los jueces ordinarios y constitucionales, tendrán que manejar toda el entorno constitucionalista, al momento de resolver casos concretos y aplicar la constitución frente a la interposición de las diferentes garantías; específicamente frente a la acción de protección.

³⁶ Alexei Julio, Estrada. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 125.

³⁷ Debe considerarse que en el caso Lüth se presentó el recurso de amparo en contra de la sentencia que lo declaraba culpable por boicotear a Harlan, sin embargo en el caso ecuatoriano la acción de protección no procedería contra sentencias judiciales, pues existe otra acción constitucional para ello.

³⁸ Art. 86 Constitución, Capítulo II COFJ, Art. 2 LOGJCC.

Desafortunadamente, la teoría de la *Drittwirkung* no ha sido desarrollada de manera adecuada en América Latina, con honrosas excepciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Constitucional de Colombia. Es por eso que nuestro objeto de estudio es muy interesante, si consideramos que los preceptos constitucionales ecuatorianos actuales hacen necesario el entendimiento de esta teoría.

De acuerdo a los artículos 62 y 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)³⁹, la Corte IDH tiene dos funciones, una de ellas de carácter jurisdiccional y la otra de carácter consultivo. A través de su función consultiva, la Corte clarifica el propósito y la razonabilidad de las normas internacionales de derechos humanos dentro de los Estados Americanos. Se trata de un papel similar al que tiene la Corte Constitucional de un Estado al tratar sobre la constitucionalidad de las normas de carácter inferior y asimismo tiene la misma obligación de velar por la protección de los derechos humanos y constitucionales.

De esta manera, la aproximación de la Corte IDH sobre la teoría de la *Drittwirkung*, resulta muy interesante para entender la coherencia y concordancia de las relaciones entre particulares con los derechos fundamentales. En sus distintos pronunciamientos ésta ha desarrollado la noción de que los derechos fundamentales enlistados en la Convención Americana de Derechos Humanos son obligaciones *erga omnes* y por lo tanto, se imponen no sólo en relación al Estado, sino también deben imponerse a las acciones entre privados y de terceros.

A partir del caso Blake v. Guatemala⁴⁰, la Corte IDH empezó a estudiar la obligación *erga omnes* de respetar los derechos fundamentales enlistados en la Convención. El Juez Antônio A. Cançado Trindade en el acápite VII de su voto razonado a la sentencia del

³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 7 al 22 de noviembre de 1969. Ratificada por el Ecuador el 26 de marzo de 1985.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo). Caso sobre la desaparición y asesinato de Nicholas Blake. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf

fondo, se pronunció sobre la emergencia de las obligaciones *erga omnes* de protección y la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección en el ámbito del derecho interno de los Estados⁴¹.

Asimismo, en el voto razonado de la sentencia de reparaciones y costas del mismo caso, el mencionado juez estableció:

Sólo con tal sistema de determinación objetiva lograremos guardar coherencia con el carácter especial de los tratados de derechos humanos, que consagran obligaciones de carácter objetivo y se aplican mediante el ejercicio de la garantía colectiva. Sólo así lograremos establecer, en el ámbito del derecho de los tratados estándares de comportamiento que coadyuven en la creación de un verdadero *ordre public* internacional basado en el respeto y la observancia de los derechos humanos, con las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección.⁴²

De la misma manera este juez considera que una de las diez lecciones del caso Blake, es el hecho de que los derechos humanos fundamentales se imponen como un imperativo de la conciencia jurídica universal y que por lo tanto generan correspondientes obligaciones de protección del ser humano en cualesquier circunstancia⁴³. Las relaciones *inter privados*, necesariamente estarán dentro de las circunstancias que implican la obligación de protección del ser humano.

No fue sino hasta la Opinión Consultiva OC-18/03⁴⁴ del 17 de septiembre de 2003, relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, que la Corte IDH consideró y desarrolló de manera extensiva la teoría de la *Drittwirkung* en el campo de los Derechos Humanos. Se trata de una opinión de gran importancia para nuestro objeto de estudio, pues el papel de la Corte IDH a nivel regional y de la OEA, es el mismo papel que

⁴¹ Antônio A. Cançado Trindade. Voto Razonado, Caso Blake vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo). Párrafo 27.

⁴² Antônio A. Cançado Trindade. Voto Razonado Caso Blake vs. Guatemala. . Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de octubre de 1999 (Reparaciones y Costas). Párrafo 24.

⁴³ Cfr. Ibíd. Párrafo 45.

⁴⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

juega la Corte Constitucional a nivel local. Por esta razón, se vuelve necesario analizar los criterios y las aproximaciones que sobre la teoría de la *Drittwirkung* se ha hecho a nivel de la región de los Estados Americanos.

El motivo de la consulta por parte de los Estados Unidos Mexicanos, fue la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds v National Labor Relations Board*⁴⁵. En ésta se decidió que un trabajador indocumentado no tenía derecho a reclamar sus derechos por haber sido despedido por haberse unido a un sindicato, debido a que había sido ilegalmente contratado. La Corte norteamericana sostuvo que la prohibición de trabajar sin autorización, contenida en la *Immigration Control Reform Act* de 1986, era superior al derecho de formar parte de una unión y poder cobrar un salario. Justice S. G. Breyer, en su voto disidente, sostuvo que la única forma de proteger los derechos de los inmigrantes era dándoles acceso a los mismos recursos legales, que los ciudadanos americanos poseían⁴⁶.

En la opinión consultiva OC-18/03, la Corte determinó que las normas de *jus cogens*, generan obligaciones de tipo *erga omnes*, las mismas que son normas de carácter objetivo y como resultado de esto, incluyen en su ámbito de aplicación a todos los posibles receptores, ya sean éstos miembros de órganos de poderes del Estado o individuos privados, ya que se trata de normas multidireccionales⁴⁷. La Corte IDH analizó el caso concreto y se aproximó a la teoría, objeto de nuestro estudio en este primer capítulo:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*,

⁴⁵ *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB* (00-1595) 535 u.s. 137 (2002) 237 f.3d 639, reversed. Disponible en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1595.ZS.html>

⁴⁶ Justice Breyer. Dissenting Vote *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB* (00-1595) 535 u.s. 137 (2002) 237 f.3d 639, reversed. Disponible en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1595.ZS.html>

⁴⁷ Javier, Mijangos y González. "The Doctrine of the *Drittwirkung* der Grundrechte in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights". InDret Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona: 2008. Disponible en http://www.indret.com/pdf/496_en.pdf.

según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares⁴⁸.

La Corte IDH en el cuerpo de esta opinión manifiesta de manera expresa la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* cuando la menciona formalmente y también cuando hace alusión a la teoría de la irradiación⁴⁹ y sobre cómo las normas internacionales de derechos humanos, dirigidas a los Estados, también proyectan sus efectos a relaciones entre privados:

De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos⁵⁰.

El Juez Antônio Cançado Trindade en su voto concurrente a la opinión consultiva, consideró la obligación de aplicar de manera directa e inmediata los derechos humanos, desde una doble perspectiva:

A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03. Op.cit., Párrafo 144.

⁴⁹ Teoría explicada en el capítulo II de esta tesina, en cuanto a la relación del Neoconstitucionalismo con el Derecho Privado.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03. Op.cit., Párrafo 146-147.

obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)⁵¹.

La necesidad de que las Cortes y Tribunales Constitucionales de los Estados Americanos adopten las opiniones consultivas y pronunciamientos de la Corte Interamericana es evidente, particularmente en temas de gran trascendencia como es el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Es por esta razón, que la Corte Constitucional ecuatoriana, deberá velar por el cumplimiento de los mandatos constitucionales, al mismo tiempo que respeta los criterios que, sobre la *Drittwirkung der Grundrechte*, ha emitido la Corte de mayor jerarquía para la protección de derechos humanos en nuestra región.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia desde sus inicios se pronunció sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, al tratar la procedencia de la acción de tutela frente a controversias contractuales. Así en la sentencia T-547/1992 dispuso:

La acción de tutela frente a particulares recoge lo que la doctrina alemana denomina "*Drittwirkung der Grundrechte*" (literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), que suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas, cuya fuente es de carácter jurisprudencial desde 1958, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia dictada en el caso Lüth⁵².

En repetidas ocasiones la Corte, al inicio de funciones, estableció que las controversias contractuales no eran susceptibles de ser reclamadas a través de una garantía constitucional como la tutela, pues las partes contaban con otros medios judiciales para su defensa, además de que la redacción de dicha garantía constitucional limitaba su procedencia a ciertos actos de particulares. Sin embargo, este criterio fue modificado en sentencias posteriores, una vez que la Corte desarrolló su criterio con respecto al deber de protección de los derechos fundamentales.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03. Op.cit., Voto Concurrente, párrafo 77.

⁵² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-547/1992. Acción de Tutela contra particulares Club Social-Socios. 2 de octubre de 1992. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-547-92.htm>

Así en la sentencia T-1217 de 2005 la Corte dispuso que el rechazo de una garantía constitucional por la existencia de medios judiciales ordinarios para la resolución de una controversia entre privados no era coherente con un Estado constitucional, sino que dicha postura respondía a un régimen positivista:

No obstante, esa posición sería aceptable en un Estado de derecho, en el que las consecuencias perversas de la aplicación de las normas no eran tenidas en cuenta por los operadores jurídicos, lo cual no opera en el nuevo modelo político acogido por el Constituyente de 1991, en el cual la razón de ser de todo ordenamiento jurídico es la persona. Así las cosas, la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares obliga a llegar a una conclusión diferente a la que adoptó el juez de tutela de segunda instancia y más cuando la lesión que se prodiga a uno de los contratantes es desproporcionada frente al deber de respeto de los derechos que a toda persona incumbe, de allí que el artículo 95-1 de la Carta imponga como deber de la persona “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.⁵³

En el año 2007 en la sentencia T-632/2007, la Corte Constitucional de Colombia determinó los casos en los que la tutela procedía contra particulares y en las sentencias T-819/2008, T-371/2009 reiteró su criterio con respecto a las situaciones de indefensión y subordinación en relaciones *inter privados*, susceptibles de ser reclamadas frente a la justicia constitucional. Fue en la sentencia T-160/2010 en la que la Corte adoptó una postura más garantista con respecto a la procedencia de la tutela frente a actos de particulares e incluso estableció que las circunstancias descritas, aparentemente de manera taxativa, en el Art. 86 de la Constitución colombiana, no eran las únicas que podían dar lugar a la aplicación inmediata de los derechos fundamentales entre particulares. Así,

sería errado sostener que como el artículo 86 constitucional señala que la acción de tutela procede contra los particulares que prestan un servicio público, aquellos que con su conducta afecten de manera grave y directa el interés colectivo o en los supuestos de subordinación o de indefensión, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares queda limitada a esos eventos. Por el contrario, debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cobija todas las relaciones jurídicas particulares, las

⁵³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-1217/2005. Acción de Tutela contra medicina prepagada. 24 de noviembre de 2005. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1217-05.htm>

cuales se deben ajustar al “orden objetivo de valores” establecido por la Carta política de 1991.⁵⁴

A pesar del garantismo de Luigi Ferrajoli⁵⁵ que subyace a las constituciones modernas y que sostiene la necesidad de proteger los derechos fundamentales, independientemente del tipo de relación del que surjan las violaciones a los mismos; la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* no está exentas de críticas.

Precisamente la queja que ha acompañado a esta teoría desde sus inicios, es que los tribunales constitucionales al conocer conflictos de derechos fundamentales provenientes de relaciones entre privados, actúan como una suerte de superinstancia de revisión, lo que provoca tanto la desnaturalización del recurso de amparo como la quiebra de la seguridad jurídica de los fallos judiciales⁵⁶. Esto se debe a que en jurisdicciones como la alemana o la española el recurso de amparo procede en contra de sentencias judiciales, en el caso ecuatoriano, esto crítica sería aplicable a la acción extraordinaria de protección.

De esta doctrina también se juzga el hecho de que propicia inseguridad jurídica, acaba con la autonomía privada y subordina el Derecho Privado al constitucional. Al respecto de estas críticas Alexei Julio Estrada reconoce que la autonomía de la voluntad es efectivamente un pilar fundamental en un Estado democrático, ésta siempre ha estado limitada por normas imperativas, como son la imposibilidad de pactar en contra de las buenas costumbres o el orden público. Sin embargo, la autonomía de la voluntad no es un principio supremo en abstracto, sino que será valorado en caso de colisiones con otros principios, cuyo contenido se refiera a derechos fundamentales. Principios como el derecho a una vida digna, al mínimo vital, al libre desarrollo de la personalidad entre otros, podrían moderar el alcance y contenido de la autonomía de la voluntad.

⁵⁴ Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-160/10. Acción de Tutela contra particulares. 8 marzo 2010. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-160-10.htm>

⁵⁵ El garantismo puede entenderse como una completa filosofía del derecho que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas, dirigidas a apelar la distinción del ser y el deber ser, no sólo a nivel jurídico sino también a nivel moral.

⁵⁶ Alexei Julio, Estrada. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. Op.cit., p. 152.

A un poco más de dos años de la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi, sólo ahora empiezan a evidenciarse los efectos y alcances de la estructura dogmática y de los diferentes valores e instituciones contenidos en este cuerpo legal. La fuerte relación existente entre los derechos fundamentales y los principios previstos para su aplicación inmediata hacen necesario que se estudie la base doctrinaria del constitucionalismo moderno, para poder observar y predecir las consecuencias de la adopción de dicho modelo en el Ecuador.

Con esta teoría, los derechos fundamentales se incorporan de alguna forma a la moral pública, ya que el derecho positivo recibe una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que también se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos⁵⁷.

1.3 DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

En la Constitución de Montecristi no existe un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales, más que una única ocasión. Por el contrario, se habla de protección a los derechos constitucionales. Esta situación, aparentemente, podría constituirse en un problema para nuestro objeto de estudio, pues *prima facie* en el Ecuador, no se habla de derechos fundamentales, sino únicamente de derechos constitucionales y para el objeto de la acción de protección, se habla de derechos reconocidos por la Constitución.

A continuación vamos a realizar un breve análisis de los derechos fundamentales y derechos constitucionales, para determinar que a pesar de que la Constitución ecuatoriana se refiere de distintas maneras a los derechos de carácter fundamental, la aplicación

⁵⁷ Cfr. Luis Prieto, Sanchís. “El constitucionalismo de los derechos”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 216.

inmediata de éstos por parte de los jueces ecuatorianos es de extrema importancia y deberá realizarse en la práctica diaria de la justicia constitucional en el Ecuador.

Para Böckenforde, los derechos fundamentales son por un lado derechos subjetivos de libertad, y por tanto son parte de la esfera jurídica de su titular individual, y por otro lado, son normas objetivas de principios, que tienen valor para todos los ámbitos del derecho. De esta manera son ostensibles *erga omnes*⁵⁸. Filósofos del Derecho como Francisco Laporta consideran que la universalidad es un rasgo propio de los derechos humanos que exige que se haga caso omiso a las condiciones, circunstancias y contextos para su aplicación, porque son derechos adscritos a “todos” al margen de cualquier particularismo.

Los derechos fundamentales son principios en sentido estricto que representan, sin lugar a dudas, la columna vertebral del Estado constitucional. Existen diferentes concepciones de los derechos fundamentales. Así, el concepto formal de los derechos fundamentales se refiere a la forma en la que está dispuesta la normatividad de derecho positivo con respecto a éstos, y son derechos fundamentales todos los derechos catalogados así por la propia Constitución⁵⁹. Lamentablemente, la Constitución de Montecristi no recoge un catálogo de derechos fundamentales, sino se refiere a éstos una única vez, cuando trata el derecho fundamental al agua.

El argumento que nos permite considerar que en gran parte los derechos reconocidos en la Constitución son derechos fundamentales, es que existe una garantía de amplia aplicación para la protección de los derechos reconocidos en la misma. Hoy en día existe consenso acerca de que los derechos fundamentales atribuyen al ciudadano derecho contra

⁵⁸ Alexei Julio Estrada. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá. Op.cit., p. 66.

⁵⁹ Robert Alexy. “Los Derechos Fundamentales”. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 23.

el Estado para obtener de él protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos⁶⁰.

En el caso ecuatoriano, la acción de protección es el mecanismo dirigido a proteger a los ciudadanos de actos estatales o privados cuando existen afectaciones de derechos reconocidos a nivel constitucional. De esta manera la posibilidad de interponer esta garantía para amparar directa y eficazmente los derechos reconocidos en la Constitución, nos da la idea de que se trata de derechos con carácter fundamental.

Esta consideración es el resultado de la transformación de los derechos fundamentales en principios o valores, pues pueden aparecer por todas partes y ser relevantes en cualquier asunto jurídico⁶¹, de esta manera podemos argumentar que si bien la Constitución de 2008 no establece cuáles son los derechos fundamentales, estos se encuentran dispersos en el amplio catálogo de derechos, como son los derechos del buen vivir, los derechos de las personas de atención prioritaria, derechos de libertad etc.

En principio, los derechos fundamentales deben representar a los derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo⁶², algo que la Constitución ecuatoriana ha hecho al reconocer y constitucionalizar los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, al mismo tiempo que los reconoce como derechos constitucionales en diferentes capítulos de la Constitución.

Por su parte Luigi Ferrajoli define los derechos fundamentales como,

todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como

⁶⁰ Robert Alexy. “Los Derechos Fundamentales”. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 36.

⁶¹ Cfr. Robert Alexy. “Derecho Constitucional y Derecho Ordinario-Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria”. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 45.

⁶² Robert Alexy. “Los Derechos Fundamentales”. *Op.cit*, p. 28.

presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁶³

Con esta definición podemos argumentar que los derechos fundamentales son aquellos inherentes a la persona humana, los mismos que podrán estar reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo y que permite accionar el aparato estatal frente a las violaciones por parte de entes privados o públicos, en cumplimiento del deber de protección que tiene el Estado (Art. 11 # 9 Constitución 2008). Para Robert Alexy, esto resume el papel de los derechos fundamentales en un sistema jurídico ya que deberá considerarse su fuerza vinculante; su institucionalización; su contenido, y su estructura.

Con respecto a los derechos constitucionales, el mismo autor extiende su consideración a tres conceptos diferentes, así:

Cuando hablamos de derechos constitucionales entran en juego tres tipos de conceptos: uno formal; uno sustancial, y otro procedimental. Se utiliza un concepto formal cuando el derecho constitucional se define como un derecho contenido en la constitución o en cierta parte de ella; si la constitución clasifica dicho derecho como constitucional, o si la constitución le otorga una protección especial como, por ejemplo, la posibilidad de recurso ante el tribunal constitucional...Comprender la naturaleza de los derechos constitucionales es importante no sólo por razones de naturaleza teórica, sino por razones relativas a la práctica de la aplicación del Derecho⁶⁴.

Los derechos humanos se institucionalizan mediante su transformación en derecho positivo. Si esta transformación tiene lugar en un nivel de jerarquía del sistema jurídico que puede llamarse “constitucional”, los derechos humanos se transforman en derechos constitucionales⁶⁵.

Si bien los derechos fundamentales representan a los derechos humanos positivizados, entonces los derechos constitucionales son la representación de los derechos con carácter esencial, pero normativizados en derecho positivo de la mayor jerarquía. Los derechos constitucionales son aquellos derechos prioritarios, que han sido elevados para su protección como derechos supremos, de igual jerarquía y garantizados por la justicia constitucional.

⁶³ Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías*. S/L: Editorial Trotta, 2001, p. 37.

⁶⁴ Robert Alexy. “Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales”. *Cátedra Ernesto Garzón Valdés* 2004. México D.F: Ediciones Coyacán S.A. 2007, p. 48.

⁶⁵ *Ibíd*, p. 60.

Debido a que la redacción de nuestra Constitución no incluye un capítulo de derechos fundamentales, el análisis sobre cuáles son los derechos fundamentales y sobre el alcance de los derechos constitucionales, ha estado a cargo de la denominada Corte Constitucional. Ésta ha incurrido en una serie de equivocaciones y errores en cuanto a la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos constitucionales⁶⁶. Sin embargo, podemos argumentar que ya que la Constitución reconoce los derechos humanos y los derivados de la dignidad humana, entonces se trata de derechos fundamentales de alguna manera constitucionalizados, situación que zanja este aparente problema relacionado a nuestro caso de estudio. En efecto, para Jorge Zavala Egas,

Son derechos fundamentales los reconocidos y expresados en normas-principios del sistema jurídico prescritas en la Constitución de la República y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, y que por nacer en esas fuentes de producción normativa se denominan también derechos constitucionales⁶⁷.

Según la teoría liberal clásica de los derechos, hay una diferencia entre derechos fundamentales y los derechos constitucionales, pues los primeros preexisten al Estado y los segundos son el resultado de la inclusión de éstos en la norma fundamental. El hecho de que no sea necesaria la existencia de una norma para reclamar ciertos derechos, como todos aquellos “derivados de la dignidad humana”, nos hacen pensar que para nuestro objeto de estudio, la distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, no juega un papel esencial.

Esto se debe a que ambas categorías de derechos pueden reclamarse mediante la interposición de la acción de protección, pues se trata de una garantía dirigida a proteger los derechos universales ostensibles *erga omnes*. En virtud del Art. 11, todos los derechos son de igual jerarquía y son indisponibles e inalienables, característica propia de los derechos

⁶⁶ Sobre este tema ver: Farith Simon Campaña La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”). Revista Iuris Dictio, Septiembre 2010. Año X No. 13.

⁶⁷ Jorge Zavala Egas. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A., 2010, p. 117.

fundamentales, pero que se ha extendida a todos los derechos reconocidos por la Constitución.

De acuerdo a la teoría de Robert Alexy, los derechos fundamentales son entendidos como mandatos de optimización. Debido al amplio catálogo de derechos y considerando los principios para la aplicación de los mismos, la Constitución ecuatoriana ha establecido mandatos de optimización en el Ecuador. Entonces se hará necesaria la aplicación inmediata de los derechos, ya sean fundamentales o constitucionales, a las relaciones *inter privados*, particularmente frente al ejercicio de la garantía de la acción de protección. Los derechos fundamentales son entendidos como decisiones valorativas que éstos cumplen una función de protección, lo que en nuestro ordenamiento, también es realizado por los derechos constitucionales.

Teóricamente y en la doctrina clásica constitucional, el Estado es el destinatario de los derechos fundamentales y por lo tanto el sujeto obligado es el mismo Estado, ya que éstos pretenden limitar su esfera de poder. Es así como tradicionalmente están vinculados por los derechos fundamentales los poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.

Los derechos fundamentales tienen una dimensión objetiva, que está destinada a explicar cuál es la misión encomendada a los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico; es decir, cuando se define el contenido esencial de cada uno y encontrar los derechos subjetivos contenidos en cada uno de ellos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha reconocido esta dimensión estableciendo que los derechos fundamentales tienen un doble carácter; son por un lado derechos subjetivos de los individuos y por otro también son elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo⁶⁸. En el caso del Ecuador, este doble papel, lo cumplen los derechos reconocidos por la Constitución, por lo que el problema de que nuestra Constitución no establezca ni se refiera a derechos fundamentales, no se traduce en un problema para nuestro objeto de estudio.

⁶⁸ Ver Tribunal Constitucional Federal alemán. Sentencia BVerfG 25/81 de 14 de julio 1985; Sentencia BVerfG 53/85 de 11 de abril de 1985.

La relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado es tan vasta, que se vuelve necesario delimitar su análisis y consideración a un caso particular. La Constitución ecuatoriana en el Art. 88 contiene la garantía jurisdiccional de la acción protección, la misma que por su redacción en términos amplios abre la puerta a la reclamación de derechos de cualquier índole, incluso de derechos que normalmente podrían verse regulados por el Derecho Privado. A continuación analizaremos esta garantía jurisdiccional, que involucra varios de los aspectos relevantes para nuestro estudio.

CAPÍTULO II: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO PARA LA RECLAMACIÓN DE DERECHOS

Las constituciones materiales, axiológicas y principialistas contienen una serie de mecanismos dirigidos a precautelar los derechos reconocidos y protegidos por la Carta Magna para evitar abusos de poder. Para Robert Alexy, es cierto que siempre que exista un derecho debe existir una norma válida que lo garantice⁶⁹.

Derechos y garantías forman una unidad dialéctica: los primeros son facultades o atribuciones; las garantías, herramientas para llevarlos a la práctica⁷⁰. La Constitución de Montecristi bajo el título III contiene los diferentes tipos de garantías constitucionales entre las que se encuentran las garantías normativas y las garantías jurisdiccionales.

Las garantías normativas tienen como objeto prevenir un daño y evitar las violaciones a los mandatos constitucionales a través de actos normativos de los poderes públicos, contrarios o incoherentes con los principios constitucionales. Mientras que las garantías jurisdiccionales son:

mecanismos que tienen un carácter distinto y que podría definirse como reactivo, esto es, son mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que este último considere que se haya producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener su restablecimiento o preservación. Su objeto no es, por tanto, prevenir una actuación de los poderes públicos que, con carácter general, intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano, la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos⁷¹.

⁶⁹ Robert Alexy. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 21.

⁷⁰ Luis Cueva Carrión. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2010, p. 59.

⁷¹ Claudia Storini, "Interpretación Constitucional, Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional". *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, pp. 287-312. p. 289.

Las garantías jurisdiccionales, a su vez, se clasifican en distintos tipos de acciones. Aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección”; las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denominan “hábeas corpus”; las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de cumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina “acción extraordinaria de protección”. La Constitución ecuatoriana también contempla las medidas cautelares, que equivaldrían de cierta manera al amparo de 1998⁷².

El antecedente normativo a la acción de protección de la Constitución ecuatoriana es el Art. 25 numeral primero del Pacto de San José que dispone lo siguiente:

Art. 25.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En cuanto al antecedente nacional, la existencia de una garantía como el amparo de 1998, que se dirigía a proteger violaciones a derechos constitucionales representa el paso anterior a esa nueva acción, a pesar de que actualmente ésta extinta institución se asemeje más a las medidas cautelares contenidas en el Art. 87 de la Constitución.

2.1 NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La acción de protección del Art. 88, ha sido sometida a un fuerte debate sobre su naturaleza y alcance, sobre si se trata de una acción inmediata y directa, o residual. Esto se debe a su redacción en términos amplios y no restringidos, como se muestra a continuación:

⁷² Cfr. Ramiro Ávila Santamaría. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez Dalmau. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 93.

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Como se puede observar, se trata de una acción amplia que se dirige a atacar tanto actos de autoridades públicas como de personas privadas. La posibilidad de que la acción de protección pueda ser interpuesta contra actos de particulares, es lo que nos lleva a plantear la hipótesis de esta tesina. ¿Es la acción de protección un mecanismo directo para la reclamación de derechos contra particulares, cuyo ejercicio puede provocar invasiones hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado? ¿La Constitución ecuatoriana contempla la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, la misma que se evidenciará en los diferentes pronunciamientos dentro de procesos de acción de protección?

Resulta claro que el objeto esencial de la acción de protección, desde el punto de vista constitucional, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. Los elementos que se desprenden de la redacción de este artículo, es que la acción de protección es procedente cuando existe una violación a los derechos reconocidos en la Constitución, pero que además procede frente a vulneraciones de derechos naturales no positivizados y derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, debido a la interpretación sistemática que es necesaria en una constitución axiológica⁷³.

Debe tenerse en consideración que la norma no se refiere a los derechos constitucionales, sino a los derechos reconocidos en la Constitución. Por lo tanto, esta acción está dirigida no sólo a proteger los derechos que constan positivamente en la Constitución, sino también está encaminada a proteger a todos aquellos que ésta reconoce

⁷³ Cfr. Pablo Alarcón Peña. “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 586-587.

como derechos. De esta manera, también son objeto de esta acción, ciertos derechos que no constan en forma expresa y directa en su texto⁷⁴.

Los derechos que han sido reconocidos por la Carta Magna y que por tanto son susceptibles de reclamarse mediante esta vía son los contenidos en el Art. 11 numeral 7 de la Constitución, que establece:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Como se puede observar, la Constitución con tendencia iusnaturalista⁷⁵, extiende su protección a los derechos derivados de la dignidad humana. Este elemento le da a la acción de protección el carácter de universal, pues está dirigida a proteger derechos fundamentales, se encuentren éstos constitucionalizados o no.

Existe controversia con respecto a la naturaleza de la acción de protección, debido a que su redacción contempla los términos “el amparo directo y eficaz”, pero normativa de menor jerarquía introdujo restricciones para su procedencia. Se aprecia que no existe un elemento regulador y restrictivo a nivel constitucional, como existe para acciones similares en países como Argentina y Colombia⁷⁶.

En estos países se trata de una garantía de cierta manera excepcional, residual, subsidiaria o heroica, precisamente porque existe una limitación a nivel constitucional. En

⁷⁴ Cfr. Luis Cueva Carrión. Op.cit, p. 126.

⁷⁵ Según la Filosofía del Derecho, el iusnaturalismo es una concepción del Derecho que se caracteriza por sostener la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables (Derecho Natural), cuyo respeto es necesario para que el Derecho Positivo exista o pueda considerarse Derecho válido. Ver Manuel Atienza, “concepciones del Derecho” en *El sentido del Derecho*.

⁷⁶ El Art. 43 de la Constitución Argentina establece que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”, por su parte el Art. 86 de la Constitución Colombiana dispone que la acción de amparo “ sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

estos casos no basta que la conducta del particular al que se le imputa una vulneración iusfundamental pueda encuadrarse dentro de los casos previstos por la legislación; también se requiere que la tutela sea vista como el procedimiento indicado.

En el caso ecuatoriano se ha pretendido introducir los límites y regulaciones para esta acción por medio de cuerpos normativos de menor jerarquía. Las limitaciones de una garantía constitucional, de una norma con carácter supremo por medio de una norma jerárquicamente inferior, necesariamente se torna inconstitucional. Se debe tener en consideración el inciso primero del Art. 424 de la Constitución que dispone:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

De la misma manera el numeral 4 del Art. 11 de la Constitución establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, mientras que el su primer inciso del Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece la supremacía constitucional como un principio rector de la Función Judicial, y dispone:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

Por su parte, el art. 5 del mismo Código establece el principio de aplicabilidad directa de las normas constitucionales, así:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Para algunos, la presencia de una garantía jurisdiccional de conocimiento, ampliamente reparatoria y que permite la práctica de pruebas, requiere de la implementación de filtros legales, con el objeto de demarcar su ámbito de procedibilidad. Esto con el fin de evitar un eventual proceso de “ordinarización” o yuxtaposición de competencias con los mecanismos ordinarios de protección de derechos.⁷⁷

Se trata de un argumento ilógico pues la protección inmediata de los derechos, necesariamente implica un juego de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la justicia constitucional, lo que se evidencia en el hecho de que la acción de protección puede ser conocida por cualquier juez del lugar en donde se origina la violación a los derechos, de acuerdo al Art. 86 de la Constitución. El hecho de contemplar la posibilidad de que la garantía se torne ordinaria, parte de la premisa de que se trata de una acción con naturaleza subsidiaria, algo que es falso en el caso ecuatoriano desde la perspectiva garantista de la Constitución.

Podemos argüir que si el constituyente no impuso una regulación a nivel constitucional, fue porque pretendía desarrollar una garantía de amplia aplicación. De esta manera, la regulación del contenido de la norma suprema por medio de normas jerárquicamente inferiores, es inconstitucional:

en efecto, los medio utilizados (restricción de una garantía de derechos humanos) para alcanzar un fin como el presente (evitar el congestionamiento de amparos y su ordinarización), no es justificable, razonable ni constitucionalmente válido, menos aún, cuando pueden convertir el aparato jurisdiccional en cómplice de violaciones a derechos fundamentales, a partir de una restricción de carácter formal y exegética⁷⁸.

La creencia de que se trata de una acción residual debido a los límites introducidos en la LOGJCC, es errada porque desnaturaliza el fin garantista de la acción y contraviene el fundamento axiológico de toda la Constitución. A pesar de que en la práctica, muchos procesos de acción de protección son negados por la existencia de otros mecanismos

⁷⁷ Pablo Alarcón Peña. Op.cit, p. 586-587.

⁷⁸ P. Alarcón Peña. Op.cit, p. 581.

ordinarios para la resolución de los conflictos, esto no es coherente con los mandatos constitucionales y además genera el incumplimiento del deber de protección que tiene el Estado.

El primer inciso del Art. 6 de la LOGJCC establece:

Art. 6.- Finalidad de las garantías.- las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

El elemento teleológico de las garantías constitucionales, se reduce a la efectiva protección de los derechos reconocidos en la Constitución, por lo que limitar la procedencia de la acción a los diferentes lineamientos introducidos por normas de carácter inferior, es completamente inaceptable en un Estado constitucional de derechos, en donde la protección y vigencia de los derechos es prioritaria. De esta manera podemos afirmar que se trata de una acción directa e inmediata para la reclamación de derechos.

2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La acción de protección tiene características propias que la diferencian de otras garantías constitucionales y que la hacen especial para nuestro objeto de estudio. Se trata de una acción pública, tutelar, universal, informal, inmediata, directa y sumaria.

Su carácter de universal es un argumento más que nos permite determinar que se trata de una acción que protege los derechos fundamentales, a pesar de que la Constitución no se refiera a ellos, pues éstos se caracterizan también por su universalidad, en el sentido de que son oponibles *erga omnes*. Se trata de una acción que puede interponerse cuando existen violaciones a los derechos reconocidos por la Constitución, ya se deriven éstas de actos privados o públicos.

Siendo así, las resoluciones de los procesos de acción de protección por violación de derechos constitucionales por parte de privados, podría desembocar en una invasión hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado, una vez que los jueces apliquen los derechos

fundamentales o constitucionales, de manera inmediata, como se estudio en el capítulo I de esta tesina.

Se trata de una acción cuya pretensión principal la declaración de la violación a un derecho constitucional y la *restitutio in integrum* por dicha violación. La reparación integral es el tipo de resarcimiento por los perjuicios derivados de la violación del derecho constitucional. Según la LOGJCC incluye elementos como restitución del derecho violado, compensación económica y patrimonial, la rehabilitación, la garantía de que la violación no se repetirá, entre otras.

Se trata de una acción popular pues puede ser interpuesta por cualquier persona, lo que puede interpretarse como que cualquier persona, natural o jurídica, puede ejercer este derecho para reclamar la protección de sus derechos. Asimismo los grupos de personas como comunidades, colectivos, pueblos, sociedades de hecho, entre otros, podrían activar colectivamente el ejercicio de esta acción.

2.3 PROCEDENCIA Y ALCANCE DE LA ACCIÓN CONTRA ACTOS DE PERSONAS PRIVADAS

El Art. 88 de la Constitución establece circunstancias que pueden provocar el ejercicio de la acción de protección: actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; políticas públicas que supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución; todo acto u omisión de un prestador de servicio público que viole derecho y garantías; violación procedente de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Este último caso es el que interesa al objeto de estudio de esta tesina, pues la posibilidad de que la acción de protección se presente contra actos de particulares, necesariamente implica una relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado.

En un primer momento las relaciones horizontales; es decir las relaciones entre ciudadanos, también son reguladas y reciben impulsos de las normas constitucionales. Pero también, según la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, los derechos fundamentales pueden ser aplicados de manera directa a conflictos *inter privados*, lo que será más evidente y palpable frente a acciones interpuestas por violaciones de derechos por parte de particulares.

Como afirma Ramiro Ávila Santamaría,

En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no solo [sic] cuando actúa por delegación o aquiescencia del Estado, o cuando provoca un daño a un tercero colectivo, sino en cualquier posibilidad en la que se violen derechos fundamentales⁷⁹.

Se trata de las circunstancias contempladas en los numerales 4 y 5 del Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que regula la procedencia y legitimación pasiva de la acción de protección:

Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:

4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
 - a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
 - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión
 - c) Provoquen daño grave;
5. La persona afectada se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

Para nuestro análisis vamos a considerar los actos puramente privados; es decir aquellos en los que no interviene ningún elemento de carácter público, como son la prestación de servicios públicos o un contrato de delegación o concesión. Así, observaremos únicamente la posibilidad de interponer una acción de protección por la violación de un particular que genera daño grave y la afectación a derechos reconocidos por la Constitución, por la existencia de un estado de subordinación, indefensión o discriminación. Pues en los casos en los que el Derecho Privado se convierte en una fuente

⁷⁹ Ramiro Ávila Santamaría. “Caracterización de la constitución de 2008. Visión panorámica de la constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Nueva Constitución del Ecuador*. Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 410.

de violación de derechos, el Estado debe intervenir para evitar y reparar dichas violaciones⁸⁰.

La norma contenida en el Art. 41 (4)(c) tiene como hipótesis que la actuación de la persona natural o jurídica del sector privado genera un daño grave. Según Guillermo Cabanellas de Torres, daño en sentido amplio es toda suerte de mal material o moral. Más particularmente,

es el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según sea el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposos suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.⁸¹

En general existe daño cuando se causa a otro un perjuicio apreciable monetariamente en sus bienes y posesiones; además de los económicos, existen daños personales o morales en los derechos y en las facultades de los sujetos⁸². La redacción del Art. 88 de la Constitución, establece que el daño debe ser “grave” para que proceda la acción de protección. Sin embargo, no se establece definición, sobre qué es “gravedad del daño”.

Según Luis Cueva Carrión, lo grave es aquello de gran importancia; de responsabilidad grande; de mucha consideración; lo que produce un gran peligro o provoca un gran detrimento o que genera un efecto grande o cuantioso, en términos de afectación a los derechos.⁸³ La Corte Constitucional de Colombia ha establecido, que la gravedad del daño depende de la intensidad del menoscabo material o moral ocasionado en el haber jurídico de una persona, por lo que éste requiere de una respuesta eficaz para restablecer el derecho afectado. Así:

⁸⁰ Ibíd, p. 425.

⁸¹ Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aire: Heliasta, 2005, p. 107.

⁸² Luis Cueva Carrión. Op.cit, p. 171.

⁸³ Cfr. Luis Cueva. Op.cit, p. 172.

La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección... Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefensión jurídica, a todas luces [,] inconveniente⁸⁴.

Podríamos argüir entonces que un daño grave a nivel constitucional, se configura cuando ha existido una vulneración de gran magnitud al derecho constitucionalmente reconocido, por lo que se requiere de una garantía que opere de manera eficiente, al mismo nivel constitucional, para resarcirlo.

El problema que surge es que la determinación de lo que se constituye en un daño grave a nivel constitucional, depende del criterio y el análisis de los administradores de justicia constitucional. Éstos al enfrentarse a lo que podría considerarse un daño grave deberán preguntarse: ¿Cuál es la línea divisoria entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional? Esta situación es la que contempla una posible invasión del neoconstitucionalismo hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado.

El Derecho de Daños en las relaciones entre particulares es un tema muy interesante, que ha generado gran debate doctrinario y que requeriría de un extenso análisis. Se trata de un asunto que está regulado por el por el título XXXIII del libro IV del Código Civil ecuatoriano. De acuerdo a nuestra legislación, los daños pueden ser el resultado de responsabilidad contractual o extracontractual. De manera general, existe daño donde hay una lesión jurídicamente relevante⁸⁵. Para la reclamación de un daño en la vía civil específicamente se requiere de un hecho ilícito (hecho contrario al ordenamiento jurídico); de un daño real y efectivo; y finalmente de un nexo causal entre el hecho y el daño.

Para nuestro objeto de estudio, se torna necesario precisar cuándo se puede reclamar un daño entre particulares, a través del ejercicio de una garantía constitucional, teniendo en cuenta que existen mecanismos ordinarios para hacerlo. En primer lugar se debe considerar que la Constitución de 2008 contiene un amplio catalogo de derechos entre los

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia ST-225/93.

⁸⁵ Jorge Perano Facio. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004, p. 129.

que se encuentran los derechos regulador por el Derecho Civil. En principio, la acción de protección se hace extensiva incluso a estos derechos. La única limitación que establece la acción de protección es que se trate de un daño grave y que afecte un derecho constitucional.

Como en todos los casos en los que existe vulneración de los derechos constitucionales, la situación fáctica del caso concreto será la que determine si la vulneración constitucional requiere de una garantía constitucional inmediata y sumaria, o si el resarcimiento por el daño causado, puede realizarse a través del ejercicio de una acción ordinaria. Se trata de casos difíciles, en los que los jueces deberán ponderar los derechos en colisión, para determinar si el daño es grave y consecuentemente si las violaciones por parte de privados pueden ser reclamadas a nivel constitucional. Son casos en los que se deberá interpretar la Constitución y los hechos del caso concreto, a partir de métodos especiales.

Por su parte, el numeral 5to del Art. 41 LOGJCC establece la procedencia de la acción de protección para circunstancias en las que las violaciones a los derechos constitucionales se deriven de un estado de indefensión, subordinación o discriminación de cualquier tipo. Naturalmente se trata de situaciones que también pueden presentarse en relaciones entre particulares y no sólo frente al poder del Estado. A continuación vamos a analizar las diferentes situaciones contenidas en esta causal. La indefensión y la subordinación son conceptos bastante indeterminados, por lo tanto su precisión estará a cargo de la Corte Constitucional mediante el establecimiento de precedentes obligatorios.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia dentro acciones de tutela ha definido a la indefensión y la subordinación como conceptos complejos y de carácter relacional, de la siguiente manera:

El estado de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra un ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos... Siendo relacional, hay un plus que el peticionario

no puede afrontar por la naturaleza ilegítima de la ventaja existente, ligada a la violación del derecho fundamental⁸⁶.

La indefensión es una circunstancia en la que se deja sin la posibilidad de defensa a una de las partes involucradas en determinada relación. Es una desventaja jurídica en la que una de las partes (la débil) no posee las mismas oportunidades procesales. A diferencia de la subordinación, esta situación no requiere de un vínculo de carácter jurídico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación⁸⁷.

La indefensión tradicionalmente implica una relación con el poder judicial del Estado, así las garantías procesales se han establecido con el fin de que las partes procesales puedan acceder a la justicia y a la tutela imparcial y expedita de sus derechos, sin que se presenten situaciones que atenten contra su posibilidad de defensa, tal como manda el Art. 75 de la Constitución:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.

Para nuestro objeto de estudio, es necesario determinar cuándo existe una situación de indefensión dentro de una relación entre privados. Posiblemente deberán considerarse las relaciones de tipo social, económico, cultural o religioso, que afecten la autonomía y oportunidades de una de las partes de la relación, o cuando la posibilidad de satisfacer una necesidad vital se vea afectada por el acto de otro particular, para considerar la existencia de una situación de indefensión.

En distintas jurisprudencias colombianas se han establecido como relaciones en las que se configura una situación de indefensión, cuando se obliga a un deudor a cumplir sus obligaciones bajo amenazas; situaciones derivadas de marginación social; minusvalías físicas o psíquicas que colocan en una situación de desventaja frente al otro sujeto de la

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia ST-573/92.

⁸⁷ Cfr. Luis Cueva Carrión. Op.cit, p. 175.

relación; situaciones en la que se afectan los derechos fundamentales de menores; renuencia a cumplir con las decisiones judiciales; poderes económicos o sociales, etc.

La subordinación es la relación de sujeción a la orden, dominio o mando de alguien jerárquicamente superior; supone una relación jurídica de dependencia. Se caracteriza por el sometimiento de uno de los sujeto dentro de una relación de dependencia. Se trata de un vínculo jurídico que supone la facultad para mandar, impartir órdenes y de ésta también se desprende la obligación de obedecer⁸⁸. Existen ciertas relaciones fuertemente marcadas por la subordinación, como son las laborales, las relaciones entre administradores y sus condóminos, padres e hijos bajo patria potestad etc.

Estas relaciones de subordinación dieron lugar a los primeros análisis sobre la aplicación inmediata de los derechos fundamentales entre particulares. Así, Hans Carl Nipperdey desarrolló inicialmente esta teoría en la jurisdicción laboral, cuando presidía el Tribunal Laboral Federal Alemán entre 1954 y 1963. Las consideraciones que se hicieron sobre este tipo de relaciones, es que los privados también pueden ejercer cuotas significativas de poder y por lo tanto pueden afectar el pleno ejercicio de las libertades⁸⁹.

La redacción del Art. 88 de la Constitución considera estas relaciones de subordinación como posibles fuentes de violaciones a los derechos reconocidos por la Constitución, por lo que debe existir un mecanismo adecuado para proteger estos derechos, al mismo tiempo que se regulan las relaciones privadas de las que se derivan las violaciones. Se trata de consideraciones que también han sido presentadas por la Corte Constitucional de Colombia, como se podrá observar en el Capítulo IV de esta tesina.

El poder económico es aquel que se ejerce en las relaciones derivadas de la economía y de las interacciones entre los agentes económicos en el mercado de bienes y servicios, y en todas las etapas de producción de los mismos. Dentro de este tipo de relaciones, pueden generarse situaciones de indefensión cuando una de las partes involucradas no tiene las

⁸⁸ Cfr. Luis Cueva Carrión. Op.cit, p. 173.

⁸⁹ Christian Melis Valencia. Derechos de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una Configuración dogmático-jurídica. Disponible en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf

mismas oportunidades que la otra. Esta situación puede derivar en violaciones a los derechos reconocidos en la Constitución por lo que se podrá interponer una acción de protección.

Las actividades comerciales y económicas entre privados, íntimamente relacionadas al poder social, generalmente son reguladas por el Código Civil y otros cuerpos normativos como el Código de Comercio. Sin embargo, en caso de que una determinada situación económica atente contra los derechos constitucionales, entonces el juzgador, con el objeto de detener la amenaza o la violación, podría regular la relación entre privados, precautelando la efectiva vigencia de los derechos constitucionales.

Según Luis Cueva Carrión, el poder social es aquel que se refiere a la capacidad de controlar, modificar o influenciar en el comportamiento de otros, para obtener determinados resultados y se presenta mediante el uso de la tecnología de poder⁹⁰. Se trata de una situación de indefensión derivada de la estructura de poder con relación a un elemento social. A primera vista dentro de esta causal podrían considerarse variables demográficas y socioeconómicas, como podrían ser: clase social; estatus social; nivel de escolaridad; ocupación; nivel de ingresos, etc. La presencia de uno de estos elementos, enmarcados dentro de una relación entre privados caracterizada por la indefensión, podría ser susceptible de ser reclamada mediante esta garantía.

Otra de las hipótesis que trae el Art. 41 (4) LOGJCC es la subordinación o discriminación frente a un poder cultural. Para analizar esto primero es necesario entender qué es la cultura. Ésta es el conjunto total de creencias, valores, costumbres, prácticas de una sociedad, que de manera natural y automática influye en el comportamiento de sus miembros. Se trata de una estructura ideológica formada por todos los elementos del entorno de un grupo de personas. Así, un poder cultural es aquel que se manifiesta mediante uno de estos elementos y ejerce fuerza sobre una de las partes de una relación, lo

⁹⁰ Cfr. Luis Cueva Carrión. Op.cit, p. 181.

que puede desembocar en violaciones a derechos reconocidos por la Constitución, por lo que podría interponerse esta garantía constitucional.

Otra de las relaciones de poder que enuncia este artículo es el poder religioso que puede generar situaciones de subordinación o de indefensión. Se trata de un poder derivado de la influencia que pueden ejercer los diferentes credos y autoridades religiosas. Es en esta situación de poder en la que se desarrolla uno de los más conocidos ejemplos que requieren de la interpretación y argumentación jurídica basada en la ponderación y el principio de proporcionalidad.

Por un momento asumamos que una pareja de padres llega a un hospital privado para que atiendan a uno de sus hijos que se encuentra gravemente herido. El diagnóstico del niño requiere que, para su tratamiento, éste reciba transfusiones de sangre. Lamentablemente se trata de miembros de la Iglesia de testigos de Jehová, la cual mantiene como uno de sus preceptos religiosos la prohibición de transfusiones de sangre. Aquí se puede palpar claramente un poder religioso que coloca a una persona en indefensión. El niño no tiene acceso a las mismas oportunidades de tratamiento para preservar y proteger su salud, ya que la autorización para hacerlo depende de sus padres; los mismos que se encuentran sometidos a una autoridad religiosa.

Finalmente este artículo incluye entre sus hipótesis “cualquier otro tipo de poder”. Se trata de una norma de textura completamente abierta y consecuentemente requiere del desarrollo por parte de la jurisprudencia. Se necesita del entendimiento de las relaciones de poder y de las estructuras que éstas presentan para poder determinar si la presión que ejerce una parte sobre otra en una relación entre privados puede desembocar en la indefensión o subordinación de una de ellas atentando contra los derechos constitucionales. Se deberá analizar el grado de dominio, imperio, facultad o potestad que tiene una de las partes dentro de una relación entre privados para conocer si esta viola los derechos constitucionales y consecuentemente puede provocar el ejercicio de la acción constitucional.

En esta misma causal se contempla la posibilidad de interponer una acción de protección cuando la persona se encuentra en un estado de discriminación. Ésta se refiere al

acto de privar a una persona o grupo humano de los derechos de los que gozan las demás personas, por razones ilícitas o no permitidas por el ordenamiento jurídico⁹¹. Las formas de discriminación responden a factores de género, raciales, religiosos, económicos, políticos, sociales, lingüísticos, entre otros.

Se trata de una causal dirigida a proteger el derecho a la igualdad y como un derecho de libertad constitucionalmente reconocido. Diferentes normas constitucionales aluden al derecho a la igualdad y a la prohibición de la discriminación. Así, el Art. 66 # 4 de la Constitución establece que se reconoce y se garantizará el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Por su parte el Art. 11 # 2 reconoce como uno de los principios de aplicación de los derechos el que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, su segundo inciso prohíbe la discriminación de la siguiente manera:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

La Constitución prohíbe la discriminación en sus diferentes formas, por lo que de existir una circunstancia discriminatoria en las relaciones entre privados, la acción de protección podrá ser empleada como mecanismo para proteger el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas.

Para nuestro objeto de estudio, es necesario analizar si los jueces, al momento de resolver acciones de protección planteadas por la existencia de una situación discriminatoria, ya sea por cualquier razón contenida en el Art. 11 # 2 o frente a cualquier tipo de poder, los jueces podrían invadir ámbitos regulados por el Derecho Privado. A manera de ejemplo, frente a la interposición de una acción de protección por la

⁹¹ Cfr. Luis Cueva Carrión. Op.cit, p. 189.

discriminación sufrida por una persona al habersele negado la posibilidad de acceder a una plaza de trabajo por razones de pasado judicial, según la estructura constitucional, los jueces deberían entrar a modificar las disposiciones laborales típicamente privadas, para aplicar de manera directa los principios constitucionales.

El estudio de la discriminación, sus diferentes formas de manifestación y su clasificación requeriría de un extenso análisis. Sin embargo, para objeto de esta tesina, deberá tenerse en consideración que la discriminación puede surgir en relaciones *inter privados*, lo que implica una relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado, pues es una situación que atenta contra derechos constitucionales aún cuando se manifiesta en relaciones particulares.

No obstante, debe considerarse que las partes pueden encontrarse en una posición dominante sin que se trate de un poder atentatorio contra los derechos constitucionales, como los analizados anteriormente. Se deberá analizar las circunstancias de cada caso, pues la mera desigualdad de las partes no conduce necesariamente a una perturbación de la libertad fáctica del más débil; se requiere que el poder dominante abuse de su poder de supremacía⁹².

La relación entre la autonomía de la voluntad privada y la procedencia de la acción de protección contra actos de privados, es una cuestión importante que se manifiesta de manera delicada en el ámbito de las relaciones contractuales. Podrían presentarse casos en los que la parte dominante de una relación contractual imponga un cierto tipo de cláusulas que rompan el equilibrio contractual y afecten a la parte débil de la relación, vulnerando sus derechos fundamentales. Esta situación también podría presentarse en los contratos de adhesión o en diferentes tipos de contratos.

Al respecto de la relación entre los derechos fundamentales y la libertad contractual, una primera aproximación a esta teoría sería el deber que tiene un individuo de respetar los derechos fundamentales de la contraparte de un contrato. Sin embargo, esto se extiende un

⁹² Cfr. Alexei Julio Estrada. *Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Op.cit., p. 131.

hacia una consideración muy importante, que es la protección ante uno mismo, y los actos individuales que podrían atentar contra los derechos fundamentales; como es el caso de contratar voluntariamente cláusulas que atentan contra los propios derechos.

Es decir, se trata de un asunto que pretende explicar si la *Drittwirkung* puede defender a las personas de las consecuencias de su propio hacer⁹³. Se trata de un asunto extremadamente atractivo desde el punto de vista académico pues importaría el análisis de circunstancias como el consumo de estupefacientes, suicidio, eutanasia etc.

Como se puede observar, la amplia redacción de esta causal trae de manera inherente un alto grado de discrecionalidad por parte del juzgador. Al igual que en el caso del Art. 41 (4)(c) LOGJCC anteriormente descrito, la resolución de procesos iniciados por esta causal (5) necesariamente requerirá de ciertas técnicas de interpretación y argumentación jurídica, como se observará en el capítulo 3 de esta tesina.

2.4 REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

El Art. 39 LOGJCC establece el objeto de la acción de protección,

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Este artículo limita su procedencia únicamente para la protección de derechos reconocidos constitucionalmente y que no estén amparados por otra garantía constitucional. Se trata de una disposición perfectamente lógica, pues pretende evitar la interposición de la acción de protección para precautelar derechos como la libertad personal, el acceso a la información, y otros derechos que ya cuentan un mecanismo jurisdiccional a nivel constitucional para su protección.

⁹³ Cfr. Alexei Julio Estrada. *Ibíd*, p. 201.

Por su parte, el Art. 40 LOGJCC establece como requisitos para la presentación de la acción de protección a los siguientes:

Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el Art. siguiente; y,[sic]
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

El numeral tercero de este artículo, supedita la procedencia de la acción de protección a la inexistencia de otro mecanismo judicial adecuado y consecuentemente también pretende limitar su alcance. “Adecuado” en el lenguaje ordinario es un adjetivo que hace alusión a lo apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo⁹⁴. De esta manera, un mecanismo ordinario podría ser adecuado en cuanto se dirige a conocer la materia objeto de controversia, pero podría no ser necesariamente un mecanismo que proteja y ampare de manera efectiva los derechos reconocidos en la Constitución.

El análisis que debe realizarse para determinar si es posible interponer la acción de protección es el de la idoneidad de los otros medios de defensa judicial. Debe considerarse no sólo la mera existencia de otros mecanismos judiciales, sino también debe precisarse la eficacia de de los mismos para la protección efectiva de los derechos reconocidos en la Constitución. Así, el mecanismo alternativo debe ser lo suficientemente eficaz para restablecer el derecho fundamental violado o proteger al ciudadano de la amenaza de su violación.

Un aspecto de gran importancia para determinar la idoneidad del mecanismo judicial de defensa alternativo, es que las circunstancias del caso concreto necesariamente deben ser consideradas⁹⁵. Se trata de un examen muy subjetivo, cuyo resultado depende de las

⁹⁴ Diccionario Real Academia Española. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adecuado

⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-160/10, 8 marzo 2010. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-160-10.htm>

características particulares del caso concreto. No se puede establecer de manera general que la mera existencia de un mecanismo ordinario implica la protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales, por lo que una garantía constitucional de este tipo también podría ser procedente.

Por otro lado, el Art. 50 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, publicadas en el Registro Oficial Suplemento No. 446 del 13 de noviembre de 2008, prescribía textualmente:

Art. 50.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección no procede:
Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente, la vía administrativa...

De esta manera se pretendía limitar la procedencia de la acción únicamente para los casos en los que no existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos. Se trata de una limitación que desnaturaliza a la acción y además contraviene el fundamento material y axiológico de toda la Carta Magna.

Todas estas normas dirigidas a restringir el ámbito de aplicación de la acción de protección implicarían que los derechos fundamentales o constitucionales que podrían verse violentados dentro de relaciones privadas; como laborales, contractuales entre otras, ya no podrían ser protegidos mediante esta garantía constitucional jurisdiccional. El afectado debería hacer uso de acciones ordinarias para su reclamación, las mismas que por su lenta sustanciación, no sólo no evitarán el daño al derecho constitucionalmente reconocido, sino que el mecanismo ordinario incluso podría empeorarlo.

Por su parte el Reglamento para la sustanciación de procesos en la Corte Constitucional⁹⁶, establece que en el artículo 28 establece el efecto modulativo de las sentencias constitucionales. Esto quiere decir que las sentencias y dictámenes pueden regular sus efectos en el tiempo y en el espacio, para garantizar los derechos constitucionales y la supremacía constitucional. De esta manera, podemos observar que

⁹⁶ Reglamento para la sustanciación de procesos en la Corte Constitucional, publicado en el Registro Oficial Suplemento 127 de 10 de febrero de 2010.

existen una serie de normas contradictorias con respecto al alcance de las acciones de carácter constitucional y el efecto de las mismas.

Aparentemente la acción no podría dirigirse a precautelar derechos de otra categoría como son los derechos patrimoniales o *ex contractu*. Pablo Alarcón considera que los derechos de origen legal, ordinarios o reales, no encuentran protección vía acción de protección, pues para ellos se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los mecanismos adecuados e inherentes a la justicia ordinaria⁹⁷. Sin embargo, esta afirmación no parece del todo asertiva, especialmente si se tiene en consideración todo el bagaje de la teoría neoconstitucionalista; particularmente la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares o *Drittwirkung der Grundrechte*.

La división entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que ha sido desarrollada por Ferrajoli y mal interpretada por la Corte Constitucional, no significa que los derechos de carácter patrimonial o derivados de un contrato no puedan ser reclamados vía esta garantía constitucional, pues son derechos que sí han sido reconocidos por la Carta Magna. Su vulneración puede dar lugar al ejercicio de esta acción independientemente del nombre, que el texto de la misma Constitución o la Corte Constitucional les haya asignado a los derechos.

La LOGJCC en el Art. 42 también contiene las hipótesis en las que la acción de protección no es procedente y consecuentemente declarada inadmisibile. Las mismas se reducen a la inexistencia de una violación a los derechos constitucionales, pretensión distinta a la protección de derechos constitucionales y existencia de otros mecanismos para la eficaces y adecuados (apropiados para las circunstancias del caso concreto y efectivos para lograr un propósito), considerando la naturaleza de la reclamación.

⁹⁷ Pablo, Alarcón Peña. Op.cit., pp. 586-587.

2.5 COMPARACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EL AMPARO DE 1998

El amparo contenido en el Art. 95 de la constitución de 1998, disponía lo siguiente con respecto a la procedencia de la acción:

Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas cautelares urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

En la Constitución de 1998, la acción de amparo era la garantía dirigida a tutelar y proteger los derechos reconocidos en la Constitución, a través de la suspensión del acto impugnado y, consecuentemente propendía la remediación de los daños supervinientes por la violación del derecho. Se trata de una garantía similar a la de medidas cautelares contenidas en el régimen que entró en vigencia en el año 2008.

Se trataba de una acción caracterizada por estar dirigida mayoritariamente contra los actos de autoridades públicas. Su pretensión era cesar, evitar o remediar un acto u omisión ilegítima que pudiera violar derechos constitucionales. Era una garantía que se asemeja a la disposición contenida en el Art. 87 de la Constitución del 2008 que establece: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

La gran diferencia que salta a la vista, entre la acción de protección y el amparo constitucional, para nuestro objeto de estudio, es que este último podía interponerse contra actos de particulares sólo cuando esa conducta afectara grave y directamente un interés

comunitario, colectivo o un derecho difuso. Por el contrario, la acción de protección puede ser presentada contra actos de particulares, entre otros, si la violación del derecho provoca daño grave, lo que abre la puerta a un sinnúmero situaciones dentro de relaciones *inter privados*, que podrían eventualmente vulnerar derechos constitucionales y causar daño grave.

Según Rafael Oyarte Martínez, la limitación del amparo contra actos de particulares, se reducía a:

la protección de derechos individuales, cuya violación sólo [podía] provenir de concesionarios, delegatarios o prestadores de servicios públicos (los impropios) para que [procediera] esta acción constitucional, pues, en el caso de derechos difusos o colectivos, el accionado [podía] ser cualquier persona, sin importar su calidad de autoridad, concesionario, delegatario o simple particular.

Al respecto de este asunto las sentencias del extinto Tribunal Constitucional, reconoció en distintos fallos, que no era admisible el recurso de ampro cuando el accionado no era concesionario de autoridad pública, ni prestador de servicios públicos. Se enfatizó también en que los derechos impugnados debían necesariamente ser calificados como derechos comunitarios, colectivos o difusos para que el amparo precediera contra actos de particulares⁹⁸.

La acción de protección amplió el ámbito de protección de la garantía constitucional para la tutela de derechos constitucionales, pues posibilitó la interposición de la garantía contra actos u omisiones de particulares, sin las restricciones y condiciones de carácter formal y material que interponía el amparo constitucional de 1998.

La interposición de una acción de amparo contra actos de particulares requería del análisis sobre la ilegitimidad o ilegalidad del acto del particular, por su contenido público. Se debía demostrar que no existía ninguna circunstancia que afecte la legitimidad de los actos propios de autoridad. Esto razonablemente se deberá realizar de la misma manera cuando la acción de protección se interponga frente a actos de particulares con contenido

⁹⁸ Al respecto de este tema puede revisarse las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional: Tercera Sala, Resolución No. 0793-2003-RA; Primera Sala, Resolución No. 349-RA-01-IS en el caso No. 202-2001-RA y la resolución No. 54540-RA-00-I.S. en el caso No. 502-2000-RA.

público. Por el contrario en la acción de protección dirigida contra actos típicamente privados únicamente se requiere la evaluación del daño o la existencia de una circunstancia de subordinación, indefensión o discriminación que origine la vulneración a los derechos constitucionales.

El amparo de 1998 al igual que la acción de protección, no era una garantía constitucional residual, debido a que ambas acciones tutelan derechos constitucionales subjetivos o fundamentales de los peticionarios. Esto se manifiesta claramente en el hecho de que el amparo tenía una naturaleza cautelar, y como se explico en un acápite anterior, la acción de protección persigue la protección inmediata y efectiva de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Con respecto al debate que envolvía la amparo sobre qué sucedía en caso de que se éste se presentare para la reclamación de vulneración de derechos constitucionales y al mismo tiempo se reclamara en la jurisdicción contencioso-administrativa, es el mismo debate que surge frente a la posibilidad de reclamar la protección de los derechos fundamentales por violaciones de particulares en la vía de la acción de protección, cuando posiblemente también otros mecanismo privados para dicha reclamación.

2.6 PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN

La acción de protección desde un punto de vista procesal debería ser muy simple, debido a que está sometida a todos los principios y disposiciones comunes del Art. 86 de la Constitución para todas las garantías jurisdiccionales. De esta manera, se trata de una acción que puede ser interpuesta por cualquier persona, grupo de personas, comunidad o pueblo o nacionalidad. Su procedimiento deberá ser sencillo, rápido y eficaz. Existen una serie de diferencias con respecto al procedimiento previsto para el ejercicio de garantías de la Constitución de 1998, pues desaparecieron todas las formalidades procedimentales.

La acción de protección tiene dos instancias, la primera frente a cualquier juez del lugar en el que se originó el acto u omisión y la segunda instancia frente a los jueces

provinciales. Las sentencias ejecutoriadas de estos procesos deberán ser remitidos a la Corte Constitucional para el desarrollo de la jurisprudencia vinculante, en virtud del Art. 86 # 5 de la Constitución y de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 436 # 6 que establece como una de las funciones de la Corte Constitucional el expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección entre otros. De esta manera la Corte Constitucional tiene el deber de contribuir al desarrollo jurisprudencial con respecto al contenido de los derechos constitucionales y derechos humanos.

La amplitud en la redacción de este artículo encuentra sustento en la teoría neoconstitucionalista, la misma que sostiene que la construcción del derecho debe estar en manos del activismo judicial y la creación para cada caso concreto por los jueces ordinarios y constitucionales. De esta manera, resulta necesario analizar los métodos de interpretación y argumentación constitucional y el papel de los jueces creadores del derecho, lo que se hará en el capítulo III de esta tesina.

Un aspecto procesal de fundamental importancia es que la acción de protección no puede interponerse contra decisiones judiciales en firme, ya que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, la acción adecuada para hacerlo es la acción extraordinaria de protección. Esta es una gran diferencia con respecto a la jurisdicción constitucional alemana en la que el amparo sí procede contra sentencias judiciales, razón por la cual el fallo en el caso Lüth se originó⁹⁹.

A continuación, vamos a analizar y observar los métodos de interpretación y argumentación constitucional que son requeridos para resolver conflictos de derechos fundamentales y que son útiles para la interpretación de normas de textura extremadamente abierta, como las constitucionales.

⁹⁹ Art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional alemán.

CAPÍTULO III: MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

3.1 DELIMITACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La transformación de un Estado legalista hacia un Estado constitucional, implica:

- a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
- b) El tránsito de un juez mecánico, aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y,
- c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales.¹⁰⁰

Asimismo esta transición necesariamente requiere la adopción de mecanismos diferentes de interpretación y argumentación constitucional. Esto se debe a que los postulados *lex posteriori derogat priori*; *lex specialis derogat generali* y *lex superior derogat inferiori*, no son suficientes para la resolución de conflictos constitucionales.

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital-*living constitution*- el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del Derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto (el Tribunal Constitucional), un objeto (la Constitución) y un método (los tipos de interpretación y los tipos de sentencias).¹⁰¹

La Constitución ecuatoriana, debido a su contenido material axiológico y a sus normas de textura abierta¹⁰², debe estar sometida a métodos particulares de interpretación constitucional, los mismos que deberán ser coherentes con los principios constitucionales

¹⁰⁰ Corte Constitucional Ecuador. Gaceta Constitucional No. 001. Sentencias de jurisprudencia vinculante. Publicada en el Segundo Suplemento, Registro Oficial No. 351. Miércoles, 29 de diciembre de 2010. Párrafo 20. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.ec/images/stories/pdfs/gaceta_001.pdf

¹⁰¹ César Landa. “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp.97-148. P. 101.

¹⁰² Según la tesis de Herbert Hart, todas las normas jurídicas tienen una limitación natural que es inherente al propio lenguaje. La limitación consiste en que los términos tienen una zona clare de determinación y una zona de penumbra.

que serán aplicados de manera individual a cada caso concreto. La doctrina ha establecido que la interpretación constitucional es diferente a la interpretación de otros textos jurídicos debido a su objeto; su contenido normativo en base a principios; y principalmente porque las constituciones están destinadas a perdurar en el tiempo y consecuentemente deben ser susceptibles de ser interpretadas de acuerdo a los cambios y transformaciones de las sociedades.

Según Riccardo Guastini, en el lenguaje jurídico el vocablo “interpretación” es doblemente ambiguo, ya que con este se suele hacer referencia a la atribución del significado a un texto normativo, o bien a la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto (calificación que da fundamento para la solución de una controversia específica), estas dos acepciones requieren de actividades intelectuales diferentes¹⁰³.

Por un lado tenemos la interpretación en abstracto que consiste en identificar el contenido o el significado de una norma y por otro la interpretación en concreto que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma identificada en abstracto¹⁰⁴. De esta manera, la labor intelectual de los intérpretes de textos normativos consiste en primero descifrar el contenido de la norma para después evaluar si dicha circunstancia se cumple o no en los hechos del caso concreto que se va a analizar.

El problema de la interpretación surge cuando un texto normativo contiene una norma, pero no se puede determinar si la norma es derrotable (*defeasible*); es decir si está sujeta a excepciones implícitas no identificables *a priori*. De esto se desprende la necesidad de determinar si los enunciados normativos contienen simplemente disposiciones o si contienen uno o varios significados¹⁰⁵. En el caso de la Constitución ecuatoriana, podemos

¹⁰³ Cfr. Riccardo Guastitni. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Trota, 2008, p. 29-30.

¹⁰⁴ Cfr. Ibíd, p.30.

¹⁰⁵ Ibíd, p. 32.

argüir que tratándose de un texto que contiene principios de igual jerarquía, más que de enunciados se trata de disposiciones que contienen varios significados y por lo tanto el resultado de su aplicación dependerá de las circunstancias del caso concreto y de la interpretación que de las normas haga el intérprete constitucional.

El proceso de interpretación de los textos jurídicos, se torna particularmente difícil porque las normas a interpretar, especialmente las normas constitucionales son indeterminadas y tienen una vaguedad inherente. Esto se debe a que el lenguaje usado en su redacción no permite determinar con certeza y claridad absoluta cuáles son los supuestos de hecho que recaen en su ámbito de aplicación. Por otro lado está la vaguedad (característica de textura abierta de las normas) en las que no se denota un individuo determinado sino una clase¹⁰⁶.

Riccardo Guastini reconoce tres tipos de interpretación: la interpretación cognitiva, interpretación decisoria y la interpretación creativa. Mientras que en la primera se lleva a cabo una operación científica, en la interpretación decisoria se realiza una operación más amplia para elegir un significado determinado de entre los diferentes significados contenidos en la norma. Finalmente la interpretación creativa, más que de un proceso de interpretación se trata de un proceso de creación que consiste en dar un significado nuevo a las disposiciones y en reconocer un enunciado implícito, mediante el uso de razonamientos no deductivos, como la analogía¹⁰⁷. Se trata de un procedimiento en donde se unen y convergen la interpretación y la integración, pues las disposiciones se leen en conjunto para crear nuevas normas.

En el caso ecuatoriano la interpretación creativa es la que jugará un papel fundamental en la interpretación constitucional y en la resolución de procesos de la acción de protección. La función de los jueces de la justicia constitucional se constituirá en develar los diferentes contenidos de las normas, a luz de las circunstancias de cada caso concreto.

¹⁰⁶ Riccardo Guastitni. *Ibíd*, p. 34.

¹⁰⁷ Cfr. *Ibíd*, pp. 34-35.

3.2 PRINCIPIOS Y REGLAS

Los trabajos doctrinarios de Ronald Dworkin en su artículo “*The Model of Rules*”, publicado en 1967, dirigido a contrarrestar la teoría fuertemente positivista de Herbert Hart, introdujo la noción de que cada sistema jurídico tiene dos tipos de normas: reglas y principios.

Según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, existen diferentes acepciones para “principio”, entre ellas:

- a) Principio en el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales.
- b) Principio como norma redactada en términos particularmente vagos.
- c) Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es norma que permite perseguir determinados fines.
- d) Principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico.
- e) Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.
- f) Principio en el sentido de *regula iuris*, esto es, un enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo¹⁰⁸.

Para nuestro estudio vamos a considerar principalmente las acepciones c y e. Para comprender la relación entre el neoconstitucionalismo y Derecho Privado, se debe entender a los principios como lineamientos tendientes a la protección efectiva de los derechos fundamentales y también como enunciados dirigidos a determinar la forma de interpretar las normas constitucionales, frente a colisiones de derechos fundamentales. Se trata de elementos de carácter *sui generis* en el ordenamiento jurídico, pues contienen mandatos de optimización de los derechos fundamentales, al mismo tiempo que otros establecen la forma de interpretarlos.

Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. De esta manera se trata de

¹⁰⁸ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelos: Editorial S.A., 1996, pp. 3-4.

mandatos de optimización que pueden cumplirse en diferentes grados¹⁰⁹. Son normas fundamentales que, delimitan la estructura del sistema, le dan un fundamento axiológico como justificación ética a una pluralidad de normas en el sistema y estos en sí mismo son considerados axiomas que no requieren de justificación de ningún tipo¹¹⁰. Por el contrario, las reglas son enunciados condicionales que traen atada una consecuencia jurídica independientemente de las circunstancias.

Podría decirse entonces, que los principios prescriben ciertos valores sin que pueda determinarse las acciones que están a favor o que atentan contra ese principio, mientras que las reglas poseen autonomía semántica y prescriben claramente una acción, pero no permiten la determinación de el o los valores que se concretizan al ejecutarse la acción prescrita en la norma.

Los principios, en efecto, se caracterizan porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas¹¹¹. De esta manera, las reglas pueden ser analizadas mediante la subsunción, mientras que los principios requieren de otros métodos de interpretación.

Robert Alexy define a las reglas como normas que ordenan algo definitivamente y que por lo tanto pueden cumplirse o incumplirse debido a que tienen un mandato definitivo, mientras que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, de esta manera son mandatos de optimización¹¹². Consecuentemente, la labor interpretativa del juez es muy amplia pues éste deberá determinar, dependiendo las circunstancias particulares del caso

¹⁰⁹ Robert Alexy. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 93.

¹¹⁰ Cfr. Riccardo Guastitni. *Ibíd*, p. 75.

¹¹¹ Luis Prieto Sanchís. “El juicio de ponderación constitucional”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. pp. 85-123. P. 98.

¹¹² Cfr. Robert Alexy. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad e interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, 2008. Pp. 13-42. P. 14.

concreto, cuál es el nivel máximo de optimización de los principios, posible para el caso concreto.

En palabras de Manuel Atienza, la distinción entre reglas y principios debe realizarse estudiando la correlación “caso/solución” que cada una propone, pues las primeras condicionan de forma cerrada su aplicación, mientras que las segundas lo hacen de forma abierta¹¹³. Las normas siguen un modelo de interpretación geográfico; es decir un procedimiento de fundamentación exclusivamente subsuntivo e interpretativo. Las reglas establecen una suerte de mapa que hay que seguir siempre y cuando las circunstancias del caso concreto permitan adaptar la realidad fáctica del caso, a la hipótesis normativa. Por el contrario, los principios siguen un modelo de interpretación a través de técnicas de interpretación como la ponderación o la proporcionalidad.

Los principios son enunciados derrotables (*defeasible*) en el sentido de que, a diferencia de las normas, no establecen de manera exhaustiva los hechos frente a los cuales se produce su consecuencia jurídica, ni tampoco establecen las excepciones por las que dicha consecuencia no se produce. Un principio requiere de normas que lo concreten y por lo tanto jamás pueden servir como la premisa para un silogismo. Los principios son empleados como la justificación para la selección de cualquier norma como premisa y es allí donde el intérprete constitucional juega un papel fundamental. Es éste quien deberá obtener del principio una regla que constituya su aplicación; el intérprete debe encontrar la reglas implícitas que pueden obtenerse de los principios¹¹⁴.

Los conflictos entre reglas pueden resolverse mediante la introducción de una cláusula de excepción para una de ellas o si se declara la invalidez de una de las reglas en contradicción. Por el contrario las colisiones entre principio, responden a la “ley de colisión”. Según ésta, entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino relaciones de precedencia condicionada. Es decir, las condiciones bajo las

¹¹³ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Op.cit., p. 11.

¹¹⁴ Cfr. Riccardo Guastitni. Op.cit., p. 79.

cuales un principio tiene prioridad, constituyen la regla que expresa la consecuencia jurídica de principio prioritario¹¹⁵.

La derivación o establecimiento de las normas implícitas a partir de los principios es un ejercicio altamente discrecional ya que necesariamente interviene el juicio valorativo del intérprete. En nuestro caso de estudio, los jueces ordinarios que conocen en primera instancia la acción de protección; los jueces provinciales que conocen el recurso de apelación de la misma y, finalmente, los jueces constitucionales, quienes tienen la tarea de seleccionar la jurisprudencia vinculante sobre este tipo de acción, necesariamente incorporarán doctrinas morales, ideologías y juicios de valor en sus decisiones.

En principio, estos juicios de los intérpretes deberían responder a la estructura dogmática de la Constitución. Podría argüirse válidamente que debido a que la Constitución es progresista, y ya que en ella subyace la teoría neoconstitucionalista, entonces las decisiones dictadas dentro de procesos de acción de protección, cuya resolución requiere de interpretación caso por caso, posiblemente podrían invadir los ámbitos tradicionalmente regulados por el Derecho Privado.

De esta manera, la acción de protección trae de manera implícita una fuerte labor de interpretación creativa, ya que está dirigida a proteger derechos constitucionales o derechos reconocidos en la Constitución. Los conflictos concretos que busquen solución a través de su ejercicio, deberán resolverse mediante la derivación de las normas implícitas en los enunciados constitucionales. Esto debería hacerse a través del uso de reglas como premisas normativas, lo que muy probablemente llevará al intérprete a transgredir los límites que inicialmente podía imponer el Derecho Privado para las relaciones horizontales o *inter privados*.

Esto se debe a que un caso que se encuentra inequívocamente en la zona de aplicación de una regla, podría ser resuelto de un modo distinto al que la norma prescribe, por la interpretación que los jueces den a los principios. De esta manera, los jueces al momento de

¹¹⁵ Cfr. Robert Alexy. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. Op.cit., p. 100.

aplicar un principio podrían regular las relaciones entre particulares que habrían dado lugar a la violación de los derechos constitucionales.

Las consecuencias que se derivan de la distinción de reglas y principios en el ámbito de la interpretación es que existen diversas aproximaciones para la resolución de casos concretos y además existe una mayor libertad para la configuración de respuesta judicial para el caso concreto¹¹⁶.

Los conflictos entre principios necesariamente requieren de técnicas de interpretación y métodos que sean capaces de llegar a una solución manejando los choques entre principios de igual jerarquía. Los mecanismos de interpretación que regularmente se usan para este tipo de situaciones son los que se analizarán a continuación.

3.3 PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

3.3.1 Principio de Ponderación

El principio de ponderación consiste en una técnica de interpretación constitucional, que facilita la determinación de la valoración de los derechos en colisión en un caso particular. Mediante este principio, se puede determinar qué derecho debe prevalecer dentro de un caso concreto.

La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil. Una jerarquía axiológica móvil es una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la forma lógica: “El principio P1 tiene más valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un peso, una importancia ético-política, mayor respecto del otro. En consecuencia el principio que tiene más valor prevalece sobre el otro: se aplica mientras el otro se deja de lado¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. Gabriel Mora Restrepo. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2005, p. 107.

¹¹⁷ Riccardo Guastitni. Op. cit., p.88.

La jerarquía de valores no es estable, está diseñada de manera cambiante y es solamente válida para el caso concreto, por lo tanto deberá cambiar y podrá invertirse para un caso concreto diferente. El juez no establece una jerarquía fija, por el contrario se limita a valorar la justicia de las consecuencias de la aplicación de cada uno de los principios, considerando las circunstancias particulares de cada caso concreto. Se trata de un poder discrecional en dos dimensiones, primero en la creación de la jerarquía axiológica móvil y también en el cambio del valor de los principios frente a una controversia diferente¹¹⁸.

Los jueces tienen la facultad de llenar las lagunas axiológicas que pueden existir al momento de aplicar las normas del ordenamiento o los principios constitucionales. Se trata de la facultad creadora del derecho, del ejercicio de su *judicial activism*¹¹⁹ para modificar el derecho existente mediante su facultad valorativa e interpretativa de la “justicia” del caso concreto.

La Ley de la Ponderación según Robert Alexy implica que el grado de la no satisfacción de o de la intervención en un principio y la importancia de la satisfacción de un principio debe hacerse en tres rangos: leve, medio y grave (escala triádica)¹²⁰. De esta manera se puede evaluar de una manera un poco más racional la colisión entre principios. Este autor propone establecer una escala para la evaluación de los conflictos. De esta manera, “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

El numeral 3 del Art. 3 de la LOGJCC, define a la ponderación como un método de interpretación constitucional, mediante el cual se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. De manera que cuanto mayor sea el grado

¹¹⁸ Cfr. Ibíd, p. 89.

¹¹⁹ A diferencia del *judicial restraint* según la cual los jueces carecen de toda legitimidad democrática para interpretar y cambiar el contenido y alcance de una norma o una ley, pues ésta facultad corresponde únicamente al poder legislativo.

¹²⁰ Robert Alexy. “La fórmula del peso”. Op. cit., p. 22.

de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor deberá ser la importancia de la satisfacción del otro.

La ley de la ponderación puede ser dividida en tres etapas para su entendimiento:

La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio¹²¹.

En este caso, se trataría de lo que otras disciplinas llaman una “escala de diferencial semántico”, ya que consiste en una serie de adjetivos bipolares que reflejan la gravedad de la colisión entre los dos principios. Mediante esta escala se puede evaluar el nivel de afectación de cada principio con respecto al otro; observar el grado de satisfacción de un principio frente al grado de importancia de satisfacción del otro principio, para así poder determinar el principio sobresaliente entre los principios en competencia en un caso concreto.

Para Alexy, la asignación de un valor numérico a los principios en colisión mediante la escala triádica, permite determinar con exactitud el “peso concreto” de los principios uno con respecto al otro, para así llegar a una decisión que genere menos afectación a los derechos y principios en colisión, también considerando el peso abstracto del principio.

Los conflictos entre principios constitucionales presentan un grave problema interpretativo, pues confrontan principios de igual jerarquía y que son contemporáneos. Carlos Bernal Pulido considera que la importancia de los principios depende de la eficiencia (E), velocidad (V), probabilidad (P), alcance (A) y duración (D) de la medida que se adopte para satisfacer o afectar los principios. Para Luis Prieto Sanchís,

la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de

¹²¹ Robert Alexy. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. *Cátedra Ernesto Garzón Valdés* 2004. *Robert Alexy Teoría del Discurso y los Derechos Constitucionales*. México D.F: Ediciones Coyacán S.A. 2007, p. 93.

jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna¹²².

Se trata de un método que ha sido sometido a muchas críticas, principalmente porque no permite la previsibilidad de las sentencias judiciales, lo mismo que la aplicación inmediata de los derechos fundamentales a relaciones entre particulares. Sin embargo, este mismo punto ha sido considerado como su principal ventaja, pues es ese elemento lo que permite considerar las circunstancias propias de cada caso litigioso para llegar a la solución más adecuada¹²³.

Varios autores critican la visión axiológica de la Constitución pues consideran que esto lleva a un control de máximos, y arguyen que los métodos, como la ponderación no son válidos, pues no son deductivos ni lógicos. Juan Antonio García Amado, considera que la ponderación es un método irracional¹²⁴ para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y no existe un criterio intersubjetivo para determinar cuál es la jerarquía móvil de los principios, dependiendo de las circunstancias del caso concreto¹²⁵.

La ausencia de lo que García Amado llama un “ponderómetro” es una razón suficiente para criticar las decisiones judiciales fundamentadas en este método, pues existe una confianza ingenua en la racionalidad de los juzgadores y de la Corte o Tribunal Constitucional y además se trata de un método contrario a la democracia. De hecho su fuerte criticismo se basa en que “[e]l neoconstitucionalismo nunca, por definición, hace

¹²² Luis Prieto Sanchís. “El juicio de ponderación constitucional”. Op. cit., p .101.

¹²³ Alexei Julio Estrada. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. Op. cit., pp. 121-157.

¹²⁴ Al respecto de la irracionalidad de la ponderación ver también Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*.

¹²⁵ Cfr. Juan Antonio García Amado. *La interpretación constitucional*. Disponible en http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=urldata&blobnocache=true&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=736%2F391%2FArticulo_2%231.pdf&ssbinary=true&blobheadername1=Content-Disposition:&blobheadervalue1=attach

ponderaciones constitucionales erróneas; las erróneas son, si acaso, las de los tribunales o los colegas que no coinciden con las suyas”¹²⁶. Asimismo, Riccardo Guastini considera que mediante la ponderación no existe una conciliación entre los principios en conflicto, sino que uno se aplica mientras que el otro es descartado, por lo tanto no existe la posibilidad de encontrar un equilibrio.

Estas críticas se reducen a que inevitablemente la ponderación lleva a una jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus recíprocos límites, sino postergando la aplicación de uno sobre otro, según la jerarquía establecida¹²⁷.

Por su parte Luis Prieto Sanchís considera estas aseveraciones como falsas. Ya que, el establecimiento de una jerarquía móvil no conduciría a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro. Por el contrario, esto propendería a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente en cada caso concreto sea preciso reconocer la primacía de uno u otro, ya que se busca la armonización entre principios a través de una solución que si bien no da satisfacción plena a los principios, busca la menor lesión posible entre ambos¹²⁸.

La crítica a la racionalidad de la ponderación se debe a que ésta es básicamente indeterminada, pues no posee una estructura jurídica precisa; es inconmensurable ya que no existe una jerarquía fija de los principios ni una medida común entre ellos y debido a la imposibilidad de predecir sus resultados. Sin embargo, se trata de una técnica de interpretación constitucional que pretende valorar, o al menos considerar todos los

¹²⁶ Juan Antonio García Amado. “Prólogo”. *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A., 2010, p. 22.

¹²⁷ Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad.” *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. pp. 175-187. P.179.

¹²⁸ Cfr. Luis Prieto Sanchís. “El juicio de ponderación constitucional. Op. cit., p. 102.

principios que entran en colisión, para lograr una decisión más adecuada y justa para las circunstancias del caso concreto.

Por su parte Carlos Bernal Pulido, considera que las críticas que atacan la racionalidad del método de la ponderación, no consideran que la indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez y que éstas aparecerán indefectiblemente en este método o en cualquier otro¹²⁹. El concepto de racionalidad es abstracto y ambiguo, por lo que su determinación se realiza a partir de la enunciación de las condiciones que cualquier decisión deberá cumplir para ser considerada como racional. Generalmente se acepta que una decisión racional debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en derecho, es decir si está enunciada en términos claros y si se basa en silogismos y premisas completas¹³⁰.

La aplicación de la fórmula del peso abre al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones de acuerdo a la moral crítica, así como de su ideología política. Asimismo la deliberación del juez consiste en determinar si se trata de un caso fácil o difícil de acuerdo a las circunstancias, para determinar el valor que deberá asignar a cada principio en colisión¹³¹.

La ponderación y la subsunción no son métodos antagónicos y los jueces no deberán escoger entre uno y otro para resolver los conflictos. Algunos autores, como Luis Prieto Sanchís, consideran que son métodos que deben aplicarse a las distintas fases de la resolución de un caso concreto. Por esta razón el trabajo discrecional que ejerce el juez no necesariamente abre las puertas a juicios basados en la intuición del juzgador.

¹²⁹ Carlos Bernal Pulido. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. pp. 43-68. P. 49.

¹³⁰ *Ibíd*, p. 51.

¹³¹ Cfr. *Ibíd*, p. 62.

El Art. 3 LOGJCC establece a la ponderación como uno de los métodos y reglas para la interpretación constitucional. El numeral tercero de este artículo dispone:

Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios o normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación a de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

De esta manera ya sea que se trata de un método de interpretación excesivamente discrecional o no, que genera aceptación o fuertes críticas, se trata de un método, que al menos teóricamente deberá ser aplicado por los administradores de justicia, para la resolución de casos concretos, más aún frente a la interposición de la garantía constitucional de la acción de protección para la reclamación de derechos reconocidos en la Constitución.

Lastimosamente se trata de una realidad que existe únicamente a nivel teórico en el Ecuador. En la práctica sucede todo lo contrario y los jueces no realizan ningún examen de ponderación ni siguen ningún tipo de interpretación de acuerdo a los lineamientos plasmados en la Constitución y en la LOGJCC al momento de dictar sentencias que involucren conflictos de carácter constitucional.

Un claro ejemplo de esto es la sentencia No. 021-09-SEP-CC dictada dentro del proceso de acción extraordinaria de protección que se presentó en contra de una sentencia de daños y perjuicios dictada dentro de un proceso penal condenatorio por usurpación. En esta sentencia la Corte Constitucional presenta una aproximación a la teoría de derechos fundamentales, pero nunca se logra establecer un vínculo con el caso concreto. Por el contrario, llega a una conclusión absurda en la que se quita al derecho de propiedad su calidad de derecho constitucional y fundamental.

3.3.2 Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad [es una] estructura de argumentación que se utiliza en la resolución de conflictos entre principios constitucionales, en virtud de la cual se establece que una medida que afecta un principio constitucional está justificada si se orienta a la protección de un fin legítimo (esto es, existe otro principio constitucional que la respalde), es idónea y necesaria para alcanzarlo y, finalmente, la relación entre los impactos negativos de

la medida y los beneficios que de ella se obtienen resulta ser proporcional en sentido estricto¹³².

Según Miguel Carbonell, el principio de proporcionalidad se vuelve relevante, pues considera que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Para ello se debe hacer uso de esta técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los derechos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que los derechos en conflicto sean compatibles entre ellos, en la medida de lo posible¹³³.

El principio de de proporcionalidad tiene tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos sub principios buscan que se optimice de mejor manera la aplicación de los principios, dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas. De esta manera se busca evitar las afectaciones a los derechos fundamentales optimizando un principio sin que eso se haga a costa de otro principio, lo que para Robert Alexy es la eficiencia en el sentido de Pareto: Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible; por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto¹³⁴.

Así, el medio empleado o escogido por el juez que administra justicia será idóneo, cuando con su ayuda puede alcanzarse el fin deseado; será necesario cuando no puede ser establecido por otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin pero que suponga una menor restricción al derecho fundamental afectado y deberá guardar una relación razonable

¹³² Lopera Mesa, Gloria Patricia. “La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, pp. 299-325. p. 307.

¹³³ Miguel Carbonell. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 9-12. p. 10.

¹³⁴ Robert Alexy. “Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales”. Op. cit., p. 62.

con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado¹³⁵.

El examen de proporcionalidad que deberá realizar el juzgador frente a cada caso concreto consiste en determinar la relación existente entre medio y fin. De esta manera, una vez realizado un análisis de ponderación entre los principios en colisión, también deberá observar la coherencia de la medida empleada con respecto al fin que se persigue; la protección del principio jerárquicamente superior en la escala axiológica móvil.

Si bien el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental en las relaciones con el Estado, los jueces encargados de la resolución de procesos de acción de protección también tendrán necesariamente que observar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en sentido estricto, de sus decisiones, pues el fin dentro de un Estado Constitucional necesariamente será la máxima protección posible de los principios, *prima facie* jerárquicamente iguales.

La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente evitar que el poder público, que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial.¹³⁶ De esta manera, la medida adoptada por el juzgador necesariamente deberá ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto, no habrá otra medida igualmente eficaz para la consecución del fin y finalmente la medida deberá ser ponderada y de ella tendrán que derivarse más beneficios o ventajas para el interés general.

El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene gran importancia en la nueva estructura constitucional ecuatoriana, pues prevé que las medidas que se adopten generen ventajas para la colectividad, ya que el beneficio que se obtiene es mayor al

¹³⁵ Cfr. Laura Clérico. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 126.

¹³⁶ Laura Clérico. *Ibíd*, p. 182.

perjuicio que ocasiona al derecho fundamental. Debido a que actualmente la Corte Constitucional tiene entre sus funciones la selección de jurisprudencia obligatoria, entonces aquellas decisiones que serán de aplicación general, deberían en principio ser proporcionales en sentido estricto, para que sus lineamientos generen beneficios a la sociedad, al momento de ser de obligatoria aplicación en casos similares.

Este principio de interpretación trae implícita la necesidad de que las decisiones judiciales, sean debidamente argumentadas y motivadas. De esta manera, mediante el principio de proporcionalidad se prohíbe la arbitrariedad de los agentes jurídicos al momento de resolver conflictos constitucionales. La arbitrariedad, en un sentido amplio, consiste en que una acción se decida únicamente sobre la base de la voluntad de quien la realiza, sin motivo alguno; pero también puede consistir en un simple exceso en el grado de afectación del derecho de una persona, en el cual dicho perjuicio estaría justificado siempre y cuando dicho exceso propenda a un fin superior¹³⁷.

Debido a la complejidad de la interpretación constitucional y de sus principios, el principio de proporcionalidad interviene como un elemento que, a un nivel más elevado de la espiral interpretativa que el de la exégesis textual, sostiene más o menos complejamente la argumentación que fundamenta la “premisa mayor” del silogismo de la adjudicación constitucional. De esta manera los sub-principios sirven para la formulación de una regla que deberá aplicarse a una hipótesis planteada a partir de las circunstancias del caso concreto¹³⁸.

Según Robert Alexy, la optimización de los principios que entran en colisión significa que junto a la prohibición de sacrificios innecesarios, está la obligación de que los

¹³⁷ Cfr. Rubén Sánchez Gil. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. pp. 221-268. P. 242.

¹³⁸ Cfr. Ibíd, p. 229.

sacrificios indispensables se justifiquen por lo menos con un grado equivalente de satisfacción¹³⁹.

A estos principios debe unirse el de interpretación sistémica de la Constitución, pues tanto las disposiciones constitucionales la LOGJCC disponen que la interpretación de la Constitución debe realizarse de manera sistemática. Esto implica tratar a la Constitución como si fuera un sistema, lo que quiere decir que todas las normas que integran dicho cuerpo tienen el mismo valor y la misma jerarquía. Este es el principio que debe tenerse como punto de partida para la interpretación y la argumentación constitucional. Así, el significado que se dé a las normas constitucionales deberá ser coherente y congruente con lo que establezcan las demás disposiciones.

3.4 PAPEL DEL JUEZ DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y APLICACIÓN INMEDIATA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El juez es aquel individuo a quien se le ha asignado la potestad de administrar justicia, por encargo de la sociedad y del Estado¹⁴⁰. Doctrinariamente se ha distinguido entre jueces ordinarios y jueces constitucionales, pues el primero tiene la misión de fallar asegurando la supremacía de la Constitución, mientras que el segundo tiene que fallar en aplicación de la ley. Se trata de una distinción que no tiene más cabida en el Ecuador, considerando el efecto de irradiación que tiene la norma suprema sobre el ordenamiento jurídico y el mandato que tienen los jueces de aplicar los derechos fundamentales a las relaciones entre privados.

El juez es un protagonista central y definitivo de la trama jurídica desarrollada en los conflictos concretos:

¹³⁹ Cfr. Robert Alexy. “Derecho Constitucional y Derecho Ordinario-Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria”. Op. cit., p. 77.

¹⁴⁰ Juan Bautista Bardelli. “El juez constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2008. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 16.

Un conflicto en concreto se produce cuando -en el momento de la aplicación a un caso concreto-nos percatamos de que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Y esto sucede siempre que un supuesto concreto cae simultáneamente en dos clases de supuestos, aunque independientes desde el punto de vista conceptual, para las cuales el derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Un conflicto de este tipo sólo puede identificarse con la ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular, para el que ambas resulten aplicables.¹⁴¹

Los que requieren su autoridad decisoria; su personalidad y sus convicciones son puestas en relación constante, con el caso concreto que debe juzgar. Su función consiste en tomar decisiones que correspondan a la efectiva realización de la justicia, discriminando entre soluciones admisibles y legítimas de aquellas que no lo son¹⁴².

Tradicionalmente la interpretación constitucional es realizada por el juez constitucional; es decir aquel que ejerce sus funciones en el Tribunal o Corte Constitucional de un Estado. En el caso del Ecuador dicha interpretación la puede hacer cualquier funcionario judicial; en la medida en que cualquier juez puede conocer las acciones constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales; en nuestro caso la acción de protección, se trata de un caso similar al de la tutela colombiana. Sin embargo, se trata de una situación limitada en gran medida por el Art. 428 de la Constitución que requiere que la Corte Constitucional resuelva las dudas con respecto a la constitucionalidad de una norma. Se trata de una suerte de monopolio de esta Corte, a pesar de que no es la única que debería realizar análisis sobre la conformidad de las normas con respecto a los derechos fundamentales que persigue.

El Art. 166 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)¹⁴³ dispone que son órganos de la administración de justicia constitucional: los juzgados de primer nivel, las Cortes Provinciales de Justicia, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, por lo que podemos observar que existe un juego de competencias en la estructura orgánica de la Función Judicial ecuatoriana para la justicia constitucional.

¹⁴¹ Riccardo Guastitni. Op. cit., p.83.

¹⁴² Gabriel Mora Restrepo. Op. cit., pp. 17-18.

¹⁴³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Registro Oficial No. 52 de jueves 22 de octubre de 2009, Segundo Suplemento.

Consecuentemente todos los jueces tienen la obligación de realizar la interpretación constitucional para la resolución de conflictos relativos a derechos fundamentales.

La potestad de administrar justicia constitucional trae de manera inherente ciertas facultades. De esta manera, los fallos dictados en casos con carácter constitucional tienen efectos *erga omnes*, se faculta al juez para fallar *extra petita* cuando las circunstancias así lo requieran, implica una misión dinámica que supone una interpretación creativa. El juez administrador de justicia constitucional implica la tarea máxima de ser guardián de la Constitución¹⁴⁴. Se trata del efecto modulativo de las sentencias previamente comentado y que en el Art. 5 de la LOGJCC se consagra como la potestad que tienen los jueces y las juezas constitucionales para regular los efectos en el tiempo, materia y espacio de las sentencias y providencias, con el objeto de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución.

Al respecto del papel del intérprete constitucional la doctrina ha establecido principalmente dos teorías fundamentales muy claras: teoría estática y teoría dinámica de la interpretación. La primera se refiere a la interpretación estable y fija que da lugar a la previsibilidad de las decisiones judiciales, mientras que la segunda es la interpretación inspirada en la adaptación del derecho y el significado del texto dependiendo de las circunstancias del caso concreto¹⁴⁵, también conocida como activismo judicial.

Es en el contexto de la relación existente entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado que los jueces juegan un papel doblemente importante. Tienen una función interpretativa de los conceptos jurídicos y cláusulas abiertas del Derecho Privado desde el espíritu de los derechos fundamentales y derechos reconocidos en la Constitución. A través de la teoría de la irradiación o “eficacia irradiante” sobre el ordenamiento jurídico¹⁴⁶ y

¹⁴⁴ Juan Bautista Bardelli. “El juez constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2008. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 24.

¹⁴⁵ Cfr. Riccardo Guastitni. *Ibíd*, p. 61.

¹⁴⁶ Cfr. M. Mendoza Escalante. “La aplicación de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, pp. 143-144.

también son los encargados de resolver la acción de protección por violaciones a derechos constitucionales entre particulares.

Normalmente existen dos tipos de conflictos a los que los jueces deben enfrentarse para su resolución, casos fáciles o casos difíciles. Se trata de una distinción que tiene importancia para la interpretación jurídica, pues dependiendo del tipo de caso que se trate, el ejercicio de interpretación y razonamiento que realice el juez deberá ser diferente.

Los casos fáciles son los conflictos ordinarios, reiterativos, o familiares respecto de los cuales los jueces no llevan a cabo una labor interpretativa en rigor, sino que verifican los hechos para luego subsumirlos en una regla jurídica. Por el contrario, los casos difíciles son aquellos conflictos únicos o inusuales en los que el juez debe realizar esfuerzos de interpretación, pues admiten varias respuestas o soluciones y la formulación de un silogismo no es posible porque alguna de las premisas presenta varias dificultades¹⁴⁷.

Las consecuencias de dicha distinción son que frente a los casos difíciles no se puede determinar de antemano que decisión debe ser tomada; pueden existir diferentes soluciones o resultados contradictorios frente a un mismo caso. Los casos fáciles requieren de un ejercicio de aplicación, mientras que los difíciles necesitan razonamientos y una actividad interpretativa diferente. En los casos difíciles, el juez se torna en una especie de legislador para el caso concreto, pues debe descubrir el “deber ser” del ordenamiento jurídico¹⁴⁸.

Según Gabriel Mora Restrepo, las circunstancias que generan casos difíciles son: la formulación amplia de los principios axiológicos de la Constitución; la existencia de lagunas del Derecho; la posibilidad de resolver a *prima facie* un caso a partir de dos o más normas jurídicas; las consecuencias de injusticia que determinada norma legítima puede generar, al ser aplicada a un caso concreto; la aplicación de normas injustas *per se*¹⁴⁹ y la necesidad de modificar un precedente jurisprudencial. Éste última circunstancia será

¹⁴⁷ Cfr. Gabriel Mora Restrepo. Op. cit., p. 110-111.

¹⁴⁸ Cfr. Ibíd, p. 114.

¹⁴⁹ Al respecto de normas injustas *per se* o casos trágicos, Manuel Atienza “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”.

posible en la realidad jurídica ecuatoriana desde que la Corte Constitucional tiene la facultad de seleccionar jurisprudencia obligatoria.

Los efectos del establecimiento de un precedente vinculante, es que pueden ayudar al fortalecimiento de la institucionalidad democrática y a clarificar ciertos aspectos oscuros del ordenamiento jurídico y principalmente establecen criterios para determinar y descubrir el contenido de las normas de textura abierta. Debe tenerse en cuenta además que las resoluciones dictadas en garantías constitucionales dirigidas a la protección de derechos humanos, tendrán un efecto *erga omnes* con respecto al contenido de sus pronunciamientos.

Podemos afirmar que las controversias entre privados de las que derivan violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, pueden enmarcarse en casos difíciles, debido a que posiblemente una o varias de las circunstancias generadoras de estos casos complejos se harán presentes. Los jueces constitucionales deberán realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos.

Así, entrarán en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales: la ponderación; la proporcionalidad; la razonabilidad; la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales; el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera¹⁵⁰. Los casos difíciles de manera casi implícita les otorgan a los jueces un gran nivel de discrecionalidad judicial.

La intervención activa del juez en la creación de derecho, supone que las decisiones emitidas, especialmente dentro de procesos garantistas, no sólo establecen lineamientos generales sino que de alguna forma, el proceso de interpretación y argumentación constitucional los transforma en “coautores de la Constitución”¹⁵¹. En efecto, la

¹⁵⁰ Miguel Carbonell. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.10.

¹⁵¹ Cfr. Paolo Comanducci. “Modelos e Interpretación de la Constitución”, *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.66.

interpretación creativa es aquella en la que el sentido de la norma depende del contexto en la que deberá ser aplicada. Se trata de una interpretación dinámica en la que prevalece el intérprete sobre el legislador, pues permite desarrollar y adaptar la Constitución para su aplicación a un caso concreto a través de la compatibilización e integración de normas¹⁵².

Por su parte Jorge Zavala Egas niega esta facultad creadora del Derecho que tienen los jueces y considera que su papel se reduce únicamente a descubrir las normas y principio, pero sin interferir de manera subjetiva alguna,

claro está, el juez debe resolver jurídicamente y no sobre la base de una voluntad subjetiva, aplicando normas morales o políticas de acuerdo con sus propios valores o su personal ideología. Debe decidir, pero en Derecho. En estos casos difíciles al juez no le queda otra alternativa que aplicar los “principios” que son razones para decidir y que tienen una dimensión de peso comparable. Es de mayúscula importancia conocer que, tanto las normas o reglas como los principios, se presentan al juez con fisonomía común de establecer derecho y obligaciones vinculantes para éste que los desoculta o descubre, sin asumir, por ello, ninguna función creadora o productora de normas¹⁵³.

En el caso particular de la acción de protección ecuatoriana, el deber del “amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” es tan vasto que otorga amplísimas facultades a los jueces. Las constituciones axiológicas, brindan a su intérprete un amplio margen interpretativo que implica necesariamente una labor constructiva del Derecho.

Los jueces e intérpretes constitucionales tienen entre sus funciones la creación de normas implícitas mediante un razonamiento deductivo en el que una norma o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión¹⁵⁴, o mediante razonamientos deductivos que incluyen entre las premisas enunciados que no son necesariamente normas explícitas, sino pueden ser construcciones dogmáticas y por lo tanto son el producto de un proceso de construcción jurídico.

¹⁵² Cfr. Hernán Alejandro Olano. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2009, p. 43.

¹⁵³ Jorge Zavala Egas. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A., 2010, p. 73

¹⁵⁴ Riccardo Guastitni. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. cit., p. 36.

Riccardo Guastini considera que las constituciones modernas como la ecuatoriana, contienen un proyecto detallado de sociedad justa, lo que favorece evidentemente a la aplicación directa de la constitución por parte de cualquier juez y en cualquier controversia (la *Drittwirkung* de la doctrina alemana)¹⁵⁵. Podemos afirmar que los conflictos de derechos fundamentales dentro de una relación *inter privatos* son casos difíciles que requieren un ejercicio complejo por parte de los intérpretes constitucionales. Es por esto que la resolución de una garantía constitucional como la acción de protección, puede requerir la invasión hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado.

La misión encomendada a los intérpretes es muy compleja, pues su interpretación deberá ser equilibrada. Los intérpretes deben lograr que en sus decisiones y dictámenes se presente una suerte de simbiosis entre lo que dicen las normas y lo que dictan las circunstancias del caso concreto. En palabras de Gustavo Zagrebelsky,

Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple casuística, incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho¹⁵⁶.

Así, la tarea de los jueces requiere de una suerte de prudencia jurídica, especialmente en el área de la interpretación constitucional, que para el objeto de estudio de esta tesina, requiere que los jueces determinen sus propios límites, al momento de considerar su potestad de invadir ámbitos regulados por el derecho Privado cuando las circunstancias atentatorias de los derechos constitucionales así lo requieran.

Por otro lado, argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Se trata de un proceso que comienza con el planteamiento de un proceso y termina con una respuesta¹⁵⁷. Existen diferentes concepciones sobre la argumentación, así una de ellas responde al criterio de la lógica deductiva, la concepción material se refiere a dar “buenas

¹⁵⁵ Cfr. Riccardo Guastitni. *Ibíd*, p. 49

¹⁵⁶ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 132.

¹⁵⁷ Cfr. Manuel Atienza. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 258.

razones” mientras que la concepción dialéctica observa la argumentación como una interacción entre dos sujetos.

La argumentación constitucional tiene el propósito de advertir en qué sentido y en qué forma es posible cimentar, justificar o fundamentar, de manera más firme y sólida las decisiones y las respuestas obtenidas mediante la interpretación constitucional¹⁵⁸. En principio, las decisiones deberán basarse en razones que justifiquen claramente la decisión y que sean coherentes con respecto a la protección efectiva del principio preferente en cada caso concreto. De esta manera las decisiones de los jueces administradores de justicia constitucional deberán evitar los argumentos falaces.

Según Manuel Atienza, la especial importancia que se otorga a la argumentación judicial, es precisamente la relevancia que tiene el papel que desempeñan los jueces. Esto se debe a que quienes administran justicia no son elegidos democráticamente, a diferencia de los legisladores, por lo que la legitimidad de su poder no depende de su origen, sino de la manera en que realicen el ejercicio encomendado a ellos y de la forma en que presentan razones para justificar sus decisiones.

La práctica consistente en razonar, justificar las decisiones tiene especial relevancia en el Derecho del Estado constitucional, pues el objeto primordial de una estructura constitucional semejante es la protección de los derechos fundamentales. En las decisiones tomadas, por ejemplo en procesos de acciones de protección, explicar una decisión significa mostrar cuáles son las causas para la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Por su parte justificarla, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión¹⁵⁹.

Sin embargo, la *ratio decidendi* de cada resolución también debe ser valiosa y calificada de alguna manera, especialmente porque existe la posibilidad que dicha decisión y consecuentemente su razonamiento jurídico, sea adoptado como jurisprudencia vinculante

¹⁵⁸ Cfr. Gabriel Mora Restrepo. Op. cit., p. 271.

¹⁵⁹ Cfr. Manuel Atienza. *El sentido del Derecho*. Op. cit., p. 254.

y obligatoria, si la Corte Constitucional adopta dicha decisión como jurisprudencia de selección.

La argumentación o razonamiento jurídico de los jueces consiste en hacer explícita sus razones para adoptar cierta decisión. Los jueces deben motivar y explicar las causas que llevaron a la adopción de una determinada resolución. Si bien es verdad que no se puede exigir un método rigurosamente demostrativo, es necesario que los jueces demuestren que sus conclusiones no son meramente arbitrarias ni caprichosas.

La complejidad de la interpretación constitucional frente a casos difíciles y concretos, nos lleva preguntarnos si es que existe una única respuesta correcta para cada caso, o si existen una serie de respuestas posibles; dependiendo de las circunstancias fácticas y la valoración de los principios y derechos en colisión. Si se consideran los principios de proporcionalidad y ponderación, y además se observan a los principios como mandatos de optimización, entonces la “respuesta correcta” sería aquella en la que la afectación a uno de los principios está justificada por la prevalencia de otro principio, que enmarcado dentro el caso concreto, tiene mayor peso y es más relevante.

Pensamos que es más adecuado considerar que existen una serie de respuestas posibles. Limitar la labor creativa a una única respuesta correcta no es lo más conveniente, pues los casos difíciles no muestran relaciones claras con el ordenamiento jurídico y tampoco presentan una prelación evidente de los derechos en colisión.

La incidencia valorativa que tienen los jueces se evidencia en las distintas respuestas posibles para cada caso. Así, para nuestro objeto de estudio, no se puede establecer de manera categórica que en cada acción de protección interpuesta por actos u omisiones de particulares, se transgredirán los límites impuestos por el Derecho Privado, pero esto sí se constituye en una posibilidad, cuando las circunstancias fácticas y la valoración de los principios, así lo requieran.

En el caso específico de la *Drittwirkung der Grundrechte*, son los jueces quienes la llevan a la práctica, pues ellos son los que establecen el contacto con la realidad, con las

relaciones entre privados a las que aplican las leyes. En definitiva son los jueces quienes establecen la conexión o vínculo entre la Constitución y el ordenamiento jurídico privado¹⁶⁰.

A pesar de que en la doctrina existe controversia con respecto a qué jueces deben tener la potestad de reconocer la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, siendo la postura mayoritaria otorgar dicha competencia de manera monopólica al Tribunal o Corte Constitucional, en el caso del Ecuador esto no sucede, pues todos los jueces que están facultados para conocer la acción de protección, eventualmente podrían reconocer la *Drittwirkung*. En países en donde la garantía constitucional es subsidiaria o residual, el juez también tiene el poder de determinar la existencia de otro mecanismo judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales entre privados.

Como se puede observar, los métodos de interpretación propios del modelo neoconstitucionalista implican necesariamente un alto grado de discrecionalidad del juzgador, que si bien debe apegarse a la dogmática de la constitución, tiene el poder de interpretar y dar diversos significados a las normas de textura abierta de la Constitución. De esta manera, la aplicación de estos métodos a la resolución de una acción dirigida para proteger los derechos fundamentales y constitucionales, podría desembocar en invasiones a ámbitos regulados por el Derecho Privado.

En el siguiente capítulo, analizaremos jurisprudencia nacional y jurisprudencia comparada con el objeto de determinar si estas aseveraciones han sido palpables en la práctica, en diferentes pronunciamientos de acciones de Tutela en Colombia y de la acción de protección en nuestro país.

¹⁶⁰ Alexei Julio Estrada. *Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Op. cit., p. 158 citando a Poyal Costa.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA

Una vez que se han estudiado los postulados doctrinarios de la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* y la acción de protección ecuatoriana, es necesario observar la forma en la que los jueces de la justicia constitucional hacen efectivos los derechos fundamentales, entre privados a través de las técnicas como la ponderación y la proporcionalidad. En este capítulo vamos a analizar jurisprudencia comparada relevante para nuestro objeto de estudio y sentencias dictadas dentro de procesos de acción de protección. Para observar si se ha percibido efectivamente la aplicación inmediata de los derechos fundamentales entre particulares y si se aplican los métodos de interpretación y argumentación constitucional propios del constitucionalismo moderno.

4.1 SENTENCIA NO. 1

Sentencia T-160/10 Corte Constitucional de Colombia

Esta sentencia fue dictada el 8 de marzo de 2010 por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, dentro del proceso de revisión de la acción de tutela interpuesta por la modelo Alejandra Castillo Múnera en contra de la agencia de modelos Booking Producciones LTDA. La acción de tutela se presentó por la supuesta violación de los derechos al trabajo en conexidad con el derecho a un salario mínimo, vital y móvil y a la subsistencia en condiciones dignas y justas de la modelo, por parte de la agencia de modelos frente al Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá y apelado ante el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, y la misma fue negada en ambas ocasiones, pues los jueces de instancia consideraron que existían otros medios de defensa judicial para resolver la controversia, por lo que se presentó para la revisión frente a la Corte Constitucional.

La modelo Alejandra Castillo Múnera suscribió un contrato de representación exclusiva de modelo el 29 de enero de 2007 con la agencia Booking Producciones LTDA, sin embargo a pesar de haber prestado sus servicios en varios eventos, no recibió remuneración ni paga por su participación. A pesar de sus repetitivas solicitudes para que la agencia cumpliera con los pagos pendientes eso no sucedió, por lo que la modelo decidió dar por terminado el contrato por medio de una notificación por escrito, en virtud de la cláusula séptima de dicho contrato que la facultaba para ello.

La modelo después de dar por terminado el contrato con Booking Producciones, empezó a trabajar con otras agencias de modelaje entre ellas Model and Talent Management, empresa que recibió una notificación de Booking Producciones en la que se informaba que la modelo Alejandra Castillo aún tenía un contrato vigente con Booking debido a que no se había podido llegar a un acuerdo bilateral para su terminación, por lo que solicitaban que se abstuvieran de celebrar un contrato con dicha modelo.

La pretensión de la peticionaria era que en sentencia se ordenara a la Sociedad BOOKING PRODUCCIONES LTDA que, en un término no mayor de cuarenta y ocho horas, expidiera una carta de aceptación de la comunicación mediante la cual la actora dio por terminado el contrato de representación suscrito con la mencionada Agencia. Asimismo, que se ordene el pago de sus servicios pendientes y que se ordenara a la Agencia a abstenerse de las amenazas y comunicaciones con otras agencias de modelaje para impedir su contratación como modelo. Por su parte la agencia arguyó que la modelo había incumplido el contrato al ofrecer servicios a otras agencias y además alegaron la existencia de cláusula arbitral para la solución de controversias.

La cuestión frente a la Corte era determinar si existía violación de los derechos fundamentales de la modelo, y si dicha violación derivada de una relación entre privados podía dar lugar al ejercicio de la acción de tutela contenida en el Art. 86 de la Constitución colombiana de 1991, cuya redacción establece lo siguiente:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales,

cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

El análisis de la corte se centró en determinar la procedencia de la tutela, la existencia e idoneidad de otros mecanismos de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales y para ello analizó la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*) y la tutela frente a relaciones contractuales. Para ello la corte hizo una aproximación las situaciones que pueden contemplarse en los conceptos de subordinación e indefensión.

En esta sentencia la Corte Constitucional de Colombia reconoció que a pesar de que la acción de tutela, contenida en el Art. 86, establecía ciertas situaciones para la procedencia de la tutela contra actos de particulares, esos límites no eran taxativos, debido a la obligatoriedad que tienen los jueces de proteger los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*. Así la Corte dispuso:

sería errado sostener que como el artículo 86 constitucional señala que la acción de tutela procede contra los particulares que prestan un servicio público, aquellos que con su conducta afecten de manera grave y directa el interés colectivo o en los supuestos de subordinación o de indefensión, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares queda limitada a esos eventos. Por el contrario, debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cubre todas las relaciones jurídicas particulares, las

cuales se deben ajustar al “orden objetivo de valores” establecido por la Carta política de 1991.¹⁶¹

Como se puede observar la Corte establece que si bien el texto de la acción de tutela aparentaba restringir su procedencia a ciertas situaciones entre privados eso no es acertado, debido a que la estructura constitucional colombiana pretende la protección efectiva de los derechos fundamentales incluso dentro de cualquier tipo de relación entre privados, así:

cuando en el marco de una disputa de carácter contractual están en juego garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no se puede excluir *prima facie* la procedencia de la acción de tutela, pues en este caso corresponderá al juez constitucional apreciar la naturaleza de la amenaza o vulneración de los derechos y decidir si existen o no medios ordinarios de defensa judicial que tengan la eficacia del mecanismo constitucional.¹⁶²

De esta manera podemos argüir que más aún, en el caso de la Constitución ecuatoriana, cuya redacción del Art. 88 contempla la posibilidad de interponer este tipo de garantía frente a un acto de un particular que genera un “daño grave”, los jueces encargados de resolver esta acción podrán invadir ámbitos que en principio estarían regulados únicamente por el Derecho Privado, a pesar de que esas normas se hayan visto influenciadas por las disposiciones constitucionales. Sin embargo, se trata de una postura contraria a la adoptada en la LOGJCC en el Ecuador, pues las limitaciones para la procedencia de la acción, básicamente se dirigieron a transformar la acción en una garantía subsidiaria y residual.

En esta sentencia la Corte Constitucional logró establecer la necesidad de que se ventilen en la justicia constitucional todas las disputas en las que se vean envueltos derechos de rango fundamental, independientemente del tipo de relación que se trate. La Corte se adhirió a la teoría de la irradiación según la cual:

el ordenamiento jurídico no está conformado por compartimentos estancos, algunos de los cuales escapan del influjo de las garantías y libertades constitucionales, pues éstas se difunden en todos los ámbitos del derecho, inclusive en espacios inicialmente considerados

¹⁶¹ Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-160/10, 8 marzo 2010. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-160-10.htm>

¹⁶² *Ibíd.*

como coto reservado del derecho privado, como las relaciones contractuales. No se trata, entonces, que todo el derecho existente se disuelva en el derecho constitucional, que de esta suerte se convertiría en una especie de todo omnicompreensivo, sino que permite a los distintos ámbitos del derecho conservar su independencia y sus características propias; pero los derechos fundamentales actúan como un principio de interpretación de sus preceptos y por tanto se impone en ellos acuñándolos e influyéndolos, de esta manera estos ámbitos del derecho quedan iusfundamentalmente conformados.¹⁶³

Si bien se acepta que los distintos ámbitos del derecho conservan su independencia, la Corte también afirma que las garantías constitucionales también son aplicables para espacios considerados como un asunto concerniente únicamente al Derecho Privado. Además, en la práctica la acción de tutela fue procedente y la Corte Constitucional ordenó que se diera por terminado el contrato suscrito entre la modelo y la Agencia de Modelos.

A pesar de que tradicionalmente los mecanismos judiciales para la terminación de un contrato serían los ordinarios en sede jurisdiccional civil, por lo que se evidencia que a través del ejercicio de una garantía constitucional, en aplicación de la *Drittiwirkung der Grundrechte*, los jueces tienen la potestad de invadir ámbitos regulados por el Derecho Privado. Esto se realiza cuando se acude a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁶⁴.

La Corte adopta una postura muy interesante con respecto al papel del juez constitucional, y considera que la intervención depende del grado de afectación a los derechos fundamentales, de esta manera:

el grado de intervención del juez constitucional depende, por entero, de la manera en que se verifica la violación o amenaza de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Si tal amenaza o violación surge de manera directa de alguna de las cláusulas contractuales, se ha de admitir una intervención más intensa, mientras que si se trata de consecuencias inconstitucionales derivadas del ordinario cumplimiento del contrato, la intensidad disminuye y la carga probatoria y argumentativa exigible al demandante aumenta.¹⁶⁵

¹⁶³ Ibíd.

¹⁶⁴ Ibíd.

¹⁶⁵ Ibíd.

Con respecto a la naturaleza de la acción de tutela, la Corte manifiesta que se trata de una acción residual para los casos en los que no exista un mecanismo judicial adecuado para la tutela de los derechos, y se alude al artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, mediante el cual se precisó la residualidad de la tutela constitucional.

Es en este punto en que la Corte empieza a interpretar la Constitución haciendo uso de la ponderación, para determinar la afectación a los derechos fundamentales en el caso concreto. Por esta razón se ponen en consideración cuáles son los derechos fundamentales afectados en la relación contractual entre ellos el derecho al mínimo vital, el derecho a ejercer una profesión u oficio y el derecho al trabajo. Estos derechos son ponderados con respecto a la libertad contractual específicamente con las cláusulas del contrato que estipulaban la exclusividad de los servicios de la modelo y la obligación que tenía la agencia de promocionar a la modelo, lo que de no hacerse podría haber afectado el derecho al mínimo vital de la modelo.

La sentencia hace un muy buen análisis en cuanto a la procedencia de la tutela para violaciones de derechos en conflictos *inter privatos* y a pesar de que considera que la tutela es procedente por existir una situación de indefensión de la modelo con respecto a la Agencia, la Corte establece que las circunstancias del caso concreto dan lugar a la procedencia de esta acción.

Así, la Corte considera que las afectaciones a los derechos fundamentales pesan más que la autonomía de la voluntad contractual, pues la existencia de ciertas cláusulas atentan contra los derechos de la modelo y consecuentemente son reclamables en la justicia constitucional. Si bien la Corte no entra a conocer los incumplimientos contractuales de los que las partes se acusaban mutuamente, la decisión sí transgredió ámbitos reglados por el Derecho Privado al reconocer que ciertas cláusulas contractuales atentaban contra algunos derechos, los mismos que debían ser aplicados de manera inmediata entre los particulares.

Esta sentencia ejemplifica lo que podría suceder eventualmente en el Ecuador, ya que a través del ejercicio de la acción de tutela, la garantía equivalente a la acción de protección ecuatoriana, los jueces regularon ciertos aspectos del Derecho Privado, aplicando la teoría

de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Si bien la sentencia reconoce el efecto de irradiación de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico, en este caso la aplicación de los principios constitucionales se superpuso al ordenamiento jurídico privado.

A nuestro entender, en esta sentencia la Corte Constitucional de Colombia reconoció, tal como sintetiza Alexei Julio Estrada en su estudio de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, que:

En lo que concierne a la relación de los derechos fundamentales con la autonomía privada, si bien respetando en lo sustancial la autonomía privada, [se] deben extraer límites de los derechos fundamentales allí donde exista la especial necesidad de protección de una de las partes del negocio jurídico. Tal es el caso cuando a uno de los contratantes no se le puede exigir que vele de forma responsable por la defensa de sus posiciones iusfundamentales, porque su libertad contractual está visiblemente limitada o afectada, o dicho en otros términos, porque los presupuestos de la autonomía privada no están garantizados¹⁶⁶.

4.2 SENTENCIA NO. 2

Sentencia T649/09 Corte Constitucional de Colombia

Esta sentencia fue dictada el 17 de septiembre de 2009 por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, dentro del proceso de revisión de la acción de tutela por la ciudadana Nillered Morales Vallejo, en contra de la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S.A, por el despido injustificado cuando transcurría su segundo mes de embarazo, del restaurante Punto Sabroso, donde la habrían colocado. Situación que según la accionante, vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna, salud, trabajo y seguridad social.

Frente a la declaratoria de improcedencia de la tutela por juzgados de inferior instancia, la recurrente acudió a la Corte Constitucional, la misma que consideró en primer lugar la procedencia de la acción de tutela contra actos de particulares. La Sala se refirió a su propia jurisprudencia, y estableció que debido al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, a pesar de que la redacción del Art. 86 de la

¹⁶⁶ Alexei Julio Estrada. *Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Op. cit., p. 203.

Constitución colombiana limita la procedencia de la tutela para cierto casos, esto no constituía una limitación que previniera del conocimiento de vulneraciones a los derechos provenientes de otro tipo de relaciones entre privados.

Así la Corte sintetizó su postura garantista de la siguiente manera:

En tal contexto, uno es el ámbito sustancial de los derechos fundamentales entre los particulares el cual está referido estrictamente a su eficacia la cual no puede estar limitada únicamente a los supuestos establecidos en el inciso 5° del artículo 86 Superior, pues sería tanto como plantear una tesis restrictiva y lesiva de derechos fundamentales en las diferentes relaciones que surgen entre particulares, y otro el ámbito procesal, que tiene que ver con la protección que por vía de tutela puede lograrse de las eventuales vulneraciones que surjan entre los particulares, para lo cual deberán aplicarse las reglas adjetivas dispuestas en la citada norma constitucional¹⁶⁷.

La Corte consideró que se trataba de una circunstancia de indefensión, en la que la ciudadana no podía repeler las agresiones jurídicas por parte de un particular, por lo que se consideró que sus derechos fundamentales estaban en peligro, lo que junto a la imposibilidad jurídica y fáctica de reaccionar en defensa de sus intereses, daba lugar a la procedencia de la tutela. La Corte se aproximó en este caso de manera interesante a la relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado,

Esta Corporación ha estimado que ante la existencia de una posición de preeminencia social y económica que resquebraja el plano de igualdad en las relaciones entre particulares, o también cuando se trata de poderes sociales y económicos los cuales disponen de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo, es procedente igualmente la acción de tutela¹⁶⁸.

El análisis de la Corte respecto a los derechos fundamentales vulnerados se centra en determinar la importancia de la estabilidad laboral cuyo objeto es preservar los derechos inalienables de las personas, más cuando se trata de una mujer embarazada. Como se puede observar se trata de un caso similar al que dio origen a la discusión doctrinaria de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales entre particulares.

¹⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-649/09, 817 de septiembre de 2009. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-649-09.htm>

¹⁶⁸ Cfr. Ibíd.

En este caso la Corte ordenó admitió la tutela por consideraciones a afectaciones al mínimo vital y ordenó a la empresa Gestión Dinámica S.A., que debido a que existía un vínculo el servicio de intermediación laboral entre ambas, por medio de un contrato de trabajo de duración por labor determinada, debía reintegrar a la accionante a sus labores, en el mismo restaurante en el que prestaba servicios, con anterioridad y en caso de que eso no fuera posible, ordenó la ubicación de la accionante en “cualquiera otra empresa usuaria”.

Si bien en este caso se trata de una intervención en ámbitos regulados por el derecho laboral, se puede percibir claramente cómo las relaciones entre privados están completamente gobernadas por las disposiciones constitucionales cuando se trata de afectaciones a los derechos constitucionales. La disposición de restablecer el trabajo de la accionante, así deba hacerlo en cualquier otra empresa a la que Gestión Dinámica S.A. presta servicios, se constituye en una invasión evidente hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado. Así, se atenta contra la autonomía de la voluntad y libertad contractual de la agencia de intermediación laboral, pues le impone la obligación de celebrar un nuevo contrato con la accionante.

4.3 SENTENCIA NO. 3

Sentencia de 22-05-2009, Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia Corte Provincial Justicia Pichincha

Esta sentencia fue dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 22 de Mayo de 2009 en el recurso de apelación de la Acción de Protección interpuesta por el Dr. Oswaldo Torres y otros en contra de Walter Orellana Castelo, la misma que fue resulta en primera instancia por el Juzgado Tercero de Inquilinato del Distrito de Pichincha.

El conflicto que dio origen a la acción de protección fue que el señor Orellana, como presidente de la urbanización “Los Eucaliptos”, emitió una comunicación en la que solicitaba que se retirara la guardería que operaba dentro del Lote 1 la urbanización, en

virtud de que el Art. 16 del reglamento interno de la misma permitía únicamente la construcción de viviendas unifamiliares. En la misma comunicación se incrementaba la cuota de mantenimiento de los servicios comunales para dicho lote. Éste, pertenecía al señor Oswaldo Torres quien había celebrado un contrato de arrendamiento a favor de las señoras Sofía Freile y Ana Álvarez, las mismas que habían puesto en funcionamiento la guardería infantil dentro de la urbanización.

Los accionantes alegaron que dicha comunicación violaba sus derechos a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria; derecho a la propiedad entre otros derechos constitucionales. El juzgado de instancia aceptó la acción de protección y ordenó que se dejara sin efecto la comunicación emitida por el señor Walter Orellana, en virtud de que el Art. 88 de la Constitución faculta a demandar a personas de Derecho Privado, cuando la violación de los derechos constitucionales provocan daño grave o si la persona se encuentra en estado de subordinación.

La sentencia de instancia consideró que la presencia de la guardería dentro de la urbanización no ocasionaba daño alguno al derecho de propiedad de los demás condóminos. Dentro de la sentencia no existió ningún tipo de interpretación o argumentación constitucional y sin embargo se dejó sin efecto un acto privado y el juzgado de instancia de alguna manera reguló la relación *inter privatos*.

La sentencia de la Corte de apelación consideró que la comunicación emitida por el presidente de la Urbanización, sí violaba derechos constitucionales, especialmente el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva y por lo tanto desechó el recurso de apelación interpuesto por el Señor Walter Orellana, confirmando la sentencia subida en grado.

El análisis de la Sala se centró únicamente en enunciar la importancia de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, al tiempo en que se transcribieron definiciones de los mismos. No existió ningún tipo de análisis ni de ponderación de los derechos en conflicto. Tampoco se determinó que causal se configuraba para la procedencia de la acción

de protección. De esta manera no existió ningún análisis sobre la gravedad del daño causado, ni tampoco se determinó si la relación existente entre los condóminos y el presidente de la urbanización era una de subordinación que afectaba los derechos constitucionales.

Como se puede observar, tanto en la sentencia de instancia como en la sentencia que resolvió el recurso de apelación de la acción de protección entre particulares, son sentencias extremadamente pobres en las que no existe fundamentación ni sustento alguno para la decisión. A pesar de que se trata de una situación de aplicación inmediata de los derechos fundamentales entre particulares, los órganos de justicia no hicieron ningún tipo de referencia a la *Drittwirkung*.

A pesar de que se trata de la resolución de una garantía constitucional dirigida a la protección de derechos reconocidos en la Constitución, no se interpretó la Constitución de ninguna manera y de que no se hizo uso de los métodos adecuados para hacerlo. Ambas decisiones transgredieron ámbitos regulados por el Derecho Privado, debido a la amplitud de la redacción del Art. 88 de la Constitución. El cuasi contrato de comunidad deriva de una relación típicamente privada, por lo que cualquier controversia de esta podría haberse solucionado a través del ejercicio de una acción ordinaria civil.

La solución de este caso debió haberse hecho a partir del análisis de las circunstancias del caso concreto y de la consideración sobre la idoneidad de los otros mecanismos de justicia existentes. Esto se debía realizar con el objeto de determinar si de las circunstancias se derivaban violaciones a derechos constitucionales, cuyo amparo directo y eficaz no era posible sino sólo a través del ejercicio de una garantía constitucional.

En la sentencia de apelación la Corte establece que se ha de entender que un Estado constitucional se caracteriza entre otros aspectos por la vigencia y tutela de los derechos fundamentales, lo cual comienza en el momento en que todos los ciudadanos de un Estado

se someten al imperio de la ley y sus regulaciones¹⁶⁹. Sin embargo no existe ningún análisis sobre los derechos fundamentales en conflicto.

Teóricamente, este tipo de conflicto habría requerido el empleo de métodos de interpretación y argumentación adecuados. De esta manera, a través de la ponderación se podría haber llegado a una conclusión sobre la gravedad de la afectación a los diferentes derechos constitucionales en conflicto y el grado de necesidad de satisfacción de los mismos.

Haciendo uso de estos métodos, las sentencias habrían sido motivadas, en la medida de que determinaban de alguna manera más clara qué derecho era el que prevalecía en estas circunstancias. Así podría haberse aplicado la fórmula del peso para contrastar el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas de manera individual o colectiva, con respecto a los derechos derivados del cuasi contrato de comunidad, todo a la luz de las circunstancias del caso concreto.

En este caso se puede evidenciar claramente como la apertura de los términos de la acción de protección puede desencadenar en invasiones hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado. Asimismo, las amplias facultades de los juzgadores son claras. Lamentablemente dichas facultades no son empleadas de manera adecuada para la construcción del nuevo derecho en el Ecuador.

Un ejemplo evidente de esto es el caso de la Cervecería Nacional del Ecuador, que fue condenada por la Tercera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, a pagar más de 90 millones de dólares a sus ex empleados por concepto de utilidades adeudadas por más de 15 años. Se trata de una sentencia que no se llegó a ejecutar, por lo que los derechos de los ex trabajadores no se han visto efectivamente protegidos. Por otro lado, la acción extraordinaria de protección, interpuesta por la Cervecería Nacional en contra de la sentencia condenatoria, pero que hasta la fecha no ha salido de la Tercera Sala.

¹⁶⁹ Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia. Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Sentencia de 22 de Mayo de 2009.

A diferencia de la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia en el caso de la modelo Castillo, la sentencia del recurso de apelación no tenía sustento alguno. Debe tenerse en consideración que se trata de una sentencia dictada antes de la entrada en vigencia de la LOGJCC, por lo tanto no se encontraba todavía sistematizada la acción de protección. Sin embargo, las regulaciones contenidas en esa ley se refieren más a la procedencia o improcedencia de la acción, por lo que el análisis sobre la existencia o inexistencia de violaciones a derechos constitucionales debió hacerse enteramente por parte de la Sala que conoció la apelación, lo que no existió de manera alguna. De esta manera, en esta sentencia se olvidó por completo la disposición del Art. 5 de la misma ley que ordena que las sentencias tengan un efecto modulativo para proteger la supremacía constitucional.

Como se puede observar en la jurisprudencia colombiana, la protección efectiva y garantizada de los derechos fundamentales en relaciones privadas, torna procedente la acción de tutela para todos los casos en los que de una relación privada surjan vulneraciones constitucionales, a pesar de que a nivel constitucional a *prima facie* se hubieren impuesto límites a su procedencia. En el caso ecuatoriano, sin la existencia de límites a nivel constitucional, la jurisprudencia debería reflejar un estudio profundo del proteccionismo en relaciones entre privados. Sin embargo, esto no se aplica en la práctica, como se puede observar en el ejemplo que se analizará a continuación.

Se trata de la sentencia No. 05510 SEP-CC dictada dentro del Caso No. 0213-10-EP del proceso de acción extraordinaria de protección interpuesto por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en contra de la sentencia dictada el 1 de febrero de 2010, por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, dentro de la acción de protección presentada por CRATEL C.A por vulneración a sus derechos constitucionales, debido a una sanción impuesto por un reglamento de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

La sentencia de la acción de protección, determinó que la sanción impuesta a TELEAMAZONAS (CRATEL C.A) por la presentación de una noticia aparentemente basada en supuestos, violaba sus derechos constitucionales, ya que la imposición de la

sanción no respetaba normas constitucionales relativas a la doble instancia. Esto debido a que se vio afectada la posibilidad de impugnar la decisión administrativa con respecto a la sanción que sufrió el canal por los reportes y por lo tanto se le negó el derecho a defenderse y a recurrir sobre dicha decisión.

Frente a la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional hizo primero una exposición sobre la procedencia y los límites de esta acción extraordinaria, y estableció que según la norma del Art.94 de la Constitución y los lineamientos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), esta acción tiene como objeto la tutela y protección de los derechos constitucionales, remediando los errores de jueces, que por acción u omisión pudieran haber violentado los derechos del recurrente. Asimismo, se estableció el principio de supremacía de la Constitución y el papel de la Corte Constitucional como órgano Supremo encargado de observar si todos los actos guardan conformidad con las disposiciones constitucionales.

Los demandados en esta acción fueron los jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha y quien compareció como tercero interesado fue CRATEL C.A. La Corte analizó de manera superficial y vaga los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, para concluir que éstos sí fueron violados, por lo que aceptó la acción extraordinaria de protección y dejó sin efecto la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha.

Esta sentencia hace una exposición sobre la necesidad de que los actos judiciales sean motivados y estén fundamentados. Sin embargo, la decisión a la que llega no lo está, tan sólo se hace una aproximación sobre la posibilidad que tienen las personas jurídicas para presentar una acción extraordinaria de protección. Asimismo, la Corte Constitucional establece que la sentencia de la acción de protección, violó el derecho a la seguridad jurídica, sin que exista ningún análisis con respecto a este concepto jurídico indeterminado.

La sentencia es absolutamente inaceptable porque no se establece un silogismo adecuado que demuestre que la sentencia de la acción de protección violó algún derecho constitucional. Desde mi punto de vista la resolución de la acción de protección fue

adecuada, pues la sanción impuesta a TELEAMAZONAS no respetó derechos constitucionales, no considerando si se trataba de una sanción exagerada o no, sino porque se impuso una sanción contemplada para otras infracciones y porque además no se le permitió impugnar esa decisión.

Por otro lado, la Corte Constitucional arguyó que la Corte Provincial declaró inaplicable un reglamento y que eso se equiparaba a la declaratoria de inconstitucionalidad del dicho reglamento. En este punto la Corte Constitucional incurrió en un error de gran magnitud, pues en la sentencia de la acción de protección sencillamente se declaraba que el reglamento no aplicaba para dicha infracción, pues la conducta descrita en la norma no empataba con los hechos. El “órgano supremo” aprovechó esta causa, para establecer que tiene el monopolio sobre el control de la constitucionalidad y aclarar que el control difuso de la constitucionalidad permitido por la fenecida constitución de 1998, no es permisible bajo el régimen actual.

La sentencia presenta el neoconstitucionalismo, pero no desde el punto de vista de protección de los derechos fundamentales y constitucionales, por el contrario sólo establece lineamientos que le permiten invadir todas las ramas del derecho, y establece que sólo “constitucionalizó los procedimiento para hacer efectivos los derechos y de esta manera sustraerlos de la maraña procesalista del Derecho Civil”.

Por otro lado, la acción extraordinaria de protección se admitió a trámite, arguyendo que hubo violaciones al debido proceso, pues la sentencia de la acción de protección no se encontraba debidamente motivada y esto era una violación a un derecho constitucional de gran importancia. Esto se debió a que la Corte Provincial no analizó correctamente el artículo pertinente de la Ley de Radiodifusión y Televisión, sino usó una serie de normas constitucionales que no eran pertinentes.

Aquí una vez más la Corte asume que una decisión desfavorable para una institución del Estado es una violación al debido proceso. Si bien la Corte estableció los límites que en principio deberían evitar que la acción extraordinaria de protección se vuelva ordinaria y sea utilizada como un mecanismo de instancia, esta sentencia en el fondo, no precauteló los

derechos constitucionales del recurrente, por el contrario fue usada como un mecanismo para dejar sin efecto una sentencia, y darle a la institución pública la posibilidad de que el proceso se ventile nuevamente y por jueces distintos.

La sentencia de la acción extraordinaria de protección viola todos los principios de un Estado constitucional en el que los derechos de los ciudadanos deben ser respetados y aplicados de manera directa. La Corte hace un análisis de la seguridad jurídica y paradójicamente mediante esta sentencia desarma cualquier vestigio de dicho concepto en el Ecuador. Se trata de una sentencia que evidencia, una vez más, que en nuestro país, no existe un órgano constitucional independiente. Los jueces constitucionales no tienen ni el conocimiento ni la preparación para desarrollar el neoconstitucionalismo en el Ecuador, por el contrario, no realizan ningún tipo de interpretación constitucional, lo que torna nuestro estudio en un asunto casi utópico para nuestra realidad jurídica.

Los métodos de ponderación, propios de este sistema, se reducen a estar escritos en las normas y aparentemente jamás serán aplicados. Se trata de una sentencia que marcará un precedente peligroso y con ésta lo único que queda claro, es que el Derecho en el Ecuador está subordinado a la voluntad y complacencia de unos cuantos, quienes lastimosamente no tienen ni el conocimiento, ni la preparación suficiente para asumir un papel de tanta responsabilidad.

Esta sentencia no es coherente con ninguno de los principios constitucionales, ni tampoco se encuentra motivada. Contiene una serie de “argumentos” que no sólo son irrelevantes para el caso concreto, también incurre en una serie de errores. De estos el más grave es que entra a analizar la situación jurídica objeto de la acción de protección, algo que no le compete y que es una muestra clara de que el neoconstitucionalismo en nuestro país, será empleado sólo como un mecanismo para invadir todas las ramas del Derecho y todo tipo de relaciones jurídicas entre particulares, y entre privados y el Sector Público. En definitiva, no hay un espacio de la vida que no esté regulado por la Constitución y que no corra el riesgo de ser afectado por pronunciamientos del llamado “órgano supremo” que es la Corte Constitucional.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

El paso de un Estado de Derecho fuertemente marcado por el positivismo, hacia un Estado constitucional de derechos y justicia, tiene consecuencias que van mucho más allá de ser simplemente un cambio de nombre. El deber de protección que tiene el Estado se manifiesta en la obligación de velar por la efectiva vigencia y eficacia los derechos reconocidos en la Constitución. Para esto, tanto la aplicación inmediata y directa de las normas constitucionales, como el principio de supremacía constitucional tienen gran importancia, pues la validez de cualquier norma de menor jerarquía está supeditada a la condición de que ésta guarde coherencia con los principios y disposiciones constitucionales.

Si bien la Constitución ecuatoriana no establece una clara distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, el tratamiento que da a todos los derechos nos permite afirmar que se trata de una Constitución garantista que contiene la teoría objeto de nuestro estudio. La razón de ser del Estado constitucional de derechos y justicia es la garantía de los derechos que tengan un carácter fundamental, pero dicha protección puede hacerse extensiva a los demás derechos, cuando se trate de detener los abusos de poder derivados de actos públicos o privados.

Como se pudo observar a lo largo de la investigación, la Constitución ecuatoriana contiene argumentos normativos que nos permiten aseverar que la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* se encuentra de manera subyacente e inherente en la misma. De esta manera, la aplicación inmediata de los derechos fundamentales entre particulares se constituye en una obligación para los jueces que administran justicia constitucional. Todos los jueces autorizados para conocer garantías constitucionales, deberán tener en consideración, que las normas del Derecho Privado pueden ser dejadas de lado en caso de que su aplicación vulnere derechos reconocidos en la Constitución.

El objeto las garantías constitucionales es frenar los abusos de poder, independientemente del tipo de relaciones de las que éstos se deriven. De esta manera, podemos afirmar que la acción de protección es una garantía con carácter universal y directo. Los límites impuestos a su procedencia, mediante normas de menor jerarquía son inconstitucionales.

Así, las disposiciones de la LOGJCC destinadas a limitar las situaciones frente a las que procede la garantía, la desnaturalizan dejándola sin los elementos que la hacen una garantía eficiente para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución. Las restricciones a la procedencia de la garantía deberían hacerse ya sea mediante una reforma constitucional, o mediante límites establecidos en la jurisprudencia obligatoria de selección de la Corte Constitucional.

En el capítulo IV se comprobó que en ciertos casos las normas que rigen las relaciones jurídicas del Derecho Privado, como la autonomía de la voluntad o la libertad contractual, se ven limitadas y dejan de ser aplicables, cuando pueden generar violaciones a los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de invasión del neoconstitucionalismo hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado. Como se vio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, ciertas facultades que tienen los privados en virtud de las normas que regulan sus relaciones, pueden desencadenar violaciones a derechos de mayor jerarquía y consecuentemente dejan de ser aplicables.

La Constitución requiere de una interpretación sistemática, por lo que la interpretación de una disposición en particular depende del significado de otras disposiciones que han sido ya interpretadas. La presunción es que el Derecho, la Constitución y todo el ordenamiento jurídico es coherente y consistente desde el punto de vista axiológico y teleológico. Por esta razón los jueces tienen la obligación de inaplicar o invalidar normas del Derecho Privado, cuando éstas contravienen normas, principios o disposiciones constitucionales.

Lamentablemente en el Ecuador, el divorcio que existe entre la teoría y la práctica del Derecho es evidente. Los jueces constitucionales no sólo no respetan la supremacía de la Constitución en los casos “inconvenientes” sino que tampoco aplican ningún método de

interpretación y argumentación constitucional requerido por el sistema neoconstitucionalista adoptado.

La posibilidad de interponer una garantía constitucional frente a actos de particulares, representa un gran avance en el constitucionalismo ecuatoriano. Sin embargo, se trata de una oportunidad que implica un alto grado de discrecionalidad por parte de los juzgadores quienes, deberán de determinar en primer lugar la procedencia de la acción de protección y en un segundo plano deberán observar si en las relaciones privadas existió o no alguna violación a derechos constitucionales.

Los jueces de la justicia constitucional ecuatoriana, lejos de hacer un análisis similar al que realizan jueces de la región, como los jueces de la Corte Constitucional de Colombia, niegan la procedencia de muchas acciones de protección por la existencia de otros mecanismos ordinarios. Sin embargo, no realizan ningún tipo de análisis con respecto a la idoneidad de esos mecanismos, por lo que la protección de eficaz de los derechos constitucionalmente reconocidos que se encuentran vulnerados, no es una realidad.

Uno de los aspectos que más llama la atención sobre el constitucionalismo de la posguerra es que la moral se juridifica plasmándose en normas de derecho positivo, mientras que el Derecho se moraliza, cuando la discrecionalidad que tiene el juez le otorga amplias facultades para determinar el derecho que deberá prevalecer en una colisión entre principios.

La posibilidad de presentar la acción de protección por actos de particulares, debido a situaciones de indefensión o subordinación frente a distintos tipos de poder, necesariamente importa una fuerte relación entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado. Pues, se trata de relaciones de poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier tipo, que necesariamente requieren del desarrollo a nivel jurisprudencial para entender su alcance.

La estructura constitucional en base a principios tiene como consecuencia que la interpretación constitucional, específicamente la requerida para la resolución de acciones de protección, se realiza en base a una regla que ha sido construida específicamente para el

caso concreto en cuestión. De esta manera reglas y principios no están separados, pues la ponderación de principios desemboca en la construcción de una regla diseñada para las circunstancias particulares del caso concreto a analizar.

Debido a que los principios son mandatos de optimización, la realización de uno de ellos podría implicar la invasión hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado, en la medida en que la realización de un principio y la protección de un derecho reconocido por la Constitución, requiera la limitación de ciertas normas del Derecho Privado, como la autonomía de la voluntad contractual, siempre que un principio contrario tenga mayor peso. Ya que siempre que se requiera que un principio se realice en la mayor medida de lo posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, entonces ciertas normas privadas podrían incumplirse o dejarse sin efecto.

Con respecto a la hipótesis planteada en esta tesina, podemos concluir que la aplicación inmediata de los derechos fundamentales a relaciones entre privados, sí puede desembocar en invasiones hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado. Se trata de una posibilidad cierta, pues la estructura dogmática de la Constitución observa a los principios como mandatos de optimización que deben cumplirse en la mayor medida de lo posible, dependiendo de las circunstancias fácticas y del principio que tenga más peso en el caso concreto.

A pesar de que esta tesina se fundamenta en la teoría de los principios como valores o mandatos de optimización, las críticas relativas a la transformación de las normas constitucionales en utilitarismos teleológicos que implican la violación al carácter deóntico de las normas, al existir una violación a la estructura obligatoria del deber ser de la norma, no son ciertamente relevantes dentro de un Estado constitucional. La protección efectiva y garantizada de los derechos reconocidos en la Constitución, juega un papel fundamental.

La estructura de la Constitución de 2008 ha tenido como resultado que las normas constitucionales han dejado de tener un carácter absoluto, pues son vinculantes de manera relativa, una vez que las circunstancias del caso concreto determinan los parámetros para la decisión. De la misma manera, todo el ordenamiento jurídico de carácter inferior entra en

una suerte de competencia por su prevalencia. Así, las normas privadas que atenten o vulneren de manera efectiva un derecho fundamental o un mandato de optimización, dejarán de ser aplicables una vez que el juez escoja, por sobre ellas, a un valor preferente.

Las decisiones en los procesos de acción de protección en contra de actos privados ya no pueden ser catalogadas como correctas o falsas por la aplicación subsuntiva de normas categóricas. La ponderación de los principios en colisión resultará en una decisión subjetiva que establece un determinado orden de valores, condicionado por las circunstancias particulares. Lo que engloba el asunto es que cuando existe un grado de afectación elevado a los derechos fundamentales o derechos reconocidos en la Constitución derivado de un acto entre privados se requerirá una intervención del juzgador hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado, mientras las razones superiores lo justifiquen.

Los principios o valores contenidos en la Constitución ecuatoriana son catalogados como de igual jerarquía, pues el establecimiento de una prelación entre ellos llevaría a absurdos, desde el punto de vista de la justicia. De esta manera los métodos de interpretación y argumentación constitucional son válidos y deseables para determinar con certeza, qué principio (derecho fundamental o reconocido por la Constitución) tiene mayor peso en determinada circunstancia.

Los derechos fundamentales son una limitación al poder, no sólo de los poderes públicos sino también de las actividades y omisiones de privados. Además la garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, consecuentemente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y por parte del legislador.

En el contexto de un Estado constitucional de derechos, el trabajo del juez ya no se reduce únicamente a la aplicación mecánica de normas jurídicas, por el contrario se trata de una constante labor constructiva y creativa del Derecho. Las colisiones de los principios y de los derechos fundamentales en las relaciones privadas ocasionan que las respuestas a los casos concretos y las decisiones judiciales tengan que hacerse por fuera de los enunciados lingüísticos y debido a que no existe una solución fijada con anterioridad, los jueces

deberán crear sus propios estándares para resolver el caso y además justificar y valorar las consecuencias de la decisión adoptada.

La invasión hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado en las decisiones de los procesos de acción de protección en contra de actos u omisiones de particulares, será posible siempre que los jueces busquen una decisión que ponga fin al conflicto entre privados, estableciendo relaciones de justicia; más que únicamente relaciones jurídicas.

La teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* será aplicable en el Ecuador, a pesar de que no exista un claro entendimiento de los derechos constitucionales, por parte de la Corte Constitucional. La teoría reduccionista que pretende colocar a los derechos fundamentales, como meros derechos de defensa, se contrapone a los derechos fundamentales, y en nuestro caso, a los derechos constitucionales, que actúan como derechos y como deberes para quienes intervienen en una relación jurídica de carácter privado.

Una de las fuertes críticas que ha acompañado a la *Drittwirkung der Grundrechte* desde sus inicios, es que de cierta manera anula la autonomía privada y podría destruir al Derecho Privado, tornándolo absolutamente innecesario pues los jueces podrían tomar sus decisiones, únicamente a partir del texto constitucional. Se trata de una crítica fundada y como se pudo observar en el análisis de jurisprudencias en nuestro cuarto capítulo, la autonomía privada siempre va a sufrir mermas o reducciones cuando por la aplicación inmediata de los derechos fundamentales y constitucionales.

La aplicación inmediata de los derechos fundamentales o constitucionales a las relaciones entre privados dejará de ser aplicable y ejercer su función protectora, solamente cuando las relaciones por privados estén caracterizadas por la igualdad jurídica e igualdad fáctica. Sólo cuando este presupuesto se cumple, los ámbitos regulados tradicionalmente por el Derecho Privado conservan su autonomía, pues de lo contrario la aplicación de normas inferiores a las constitucionales podría ser la causa directa de violaciones contra los derechos reconocidos en la Constitución.

La teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, implica que los derechos fundamentales operan en las relaciones privadas no como derechos de carácter supremo, sino como un principio general o un valor que las justifican. Estos principios deben ser interpretados con los métodos analizados en esta tesina, por lo que su significado y peso dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Los derechos fundamentales en las relaciones privadas crean determinadas situaciones jurídicas y derechos subjetivos que son exigibles ante la jurisdicción constitucional.

El tránsito hacia el constitucionalismo, implica una transición hacia la igualdad real, por lo tanto los derechos de libertad deben estar protegidos para lo que el Estado debe contar con una garantía que permita su efectiva vigencia, como lo es la acción de protección en el Ecuador.

Esta tesina tenía como objeto demostrar que el nuevo diseño constitucional, trajo de manera inherente teorías constitucionales modernas y que, al menos teóricamente, el Ecuador sufrió una transición hacia un constitucionalismo más garantista. Si bien en la práctica de la justicia constitucional aún no se ha podido percibir cómo las relaciones entre particulares están gobernadas también por las disposiciones y principios constitucionales, se trata de una realidad que será palpable eventualmente, cuando los jueces de todas las instancias y los jueces constitucionales, consideren y apliquen esta teoría en el diario vivir.

Resulta imposible conciliar por completo la eficacia directa de los derechos fundamentales con la autonomía privada, pues éstas son incompatibles en cierto punto irreconciliable. Es por eso, que cuando los jueces reconozcan conflictos de derechos fundamentales en los que éstos deban primar por encima de la autonomía de la voluntad, se realizarán invasiones hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado. Estudiosos de esta teoría como Estrada y De Vega García, han considerado que esta relación entre la *Drittwirkung* y las relaciones jurídicas privadas, necesariamente entraña un mayor o menor replanteamiento de los dogmas liberales clásicos del Estado de Derecho.

La frase “invasión hacia ámbitos regulados por el Derecho Privado”, contenida en nuestra hipótesis, es por naturaleza amplia, por lo que existen una gran cantidad de

circunstancias que pueden desembocar en esta transgresión. Se trata de una situación más palpable en la autonomía de la libertad contractual. Principalmente porque el neoconstitucionalismo justifica mediante principios y valores, decisiones incluso contrarias a la ley y al ordenamiento jurídico privado.

La falta de casuismo de la acción de protección argumentada de la manera adecuada no nos permite conocer con exactitud cuál es la posición de los jueces ecuatorianos con respecto a este tema. Podemos aducir con certeza, que esta teoría a pesar de estar prevista en la Constitución, se encuentra incipiente todavía, por lo que solamente se observará en nuestra realidad cuando la llamada Corte Constitucional establezca una línea jurisprudencial clara con respecto a la procedencia de la acción de protección contra actos u omisiones de particulares.

Después de realizar esta investigación resulta evidente que los jueces constitucionales deben pasar por un proceso de capacitación que les permita conocer con claridad la nueva estructura de la Constitución de nuestro país. De esta manera, podrán aplicar justicia constitucional a relaciones entre privados de una manera pertinente. Es necesario que los nuevos métodos de interpretación y argumentación constitucional sean aplicados en la práctica y no sean simplemente disposiciones legales previstas en los cuerpos legales pero sin ninguna utilidad práctica.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Peña, Pablo. “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alexy Robert. “Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales”. *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004. Robert Alexy Teoría del Discurso y los Derechos Constitucionales*. México D.F: Ediciones Coyacán S.A. 2007.
- Alexy, Robert. “Derecho Constitucional y Derecho Ordinario-Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria”. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Alexy, Robert. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad e interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, 2008.
- Alexy, Robert. “Los Derechos Fundamentales”. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Alexy, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004. Robert Alexy Teoría del Discurso y los Derechos Constitucionales*. México D.F: Ediciones Coyacán S.A. 2007.
- Alexy, Robert. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Alexy, Robert. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. *Tres escritos sobre los derechos fudnamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Atienza Manuel y Manero Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelos: Editorial S.A., 1996.
- Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Caracterización de la constitución de 2008. Visión panorámica de la constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”. *Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez Dalmau. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Bardelli, Juan Bautista. “El juez constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- Bernal Pulido Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bomhoff, Jacco. “Lüth’s 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing”. *German Law Journal*. Vol. 09 No. 02 p. 121-124. Disponible en http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No02/PDF_Vol_09_No_02_121-124_Articles_Bomhoff.pdf
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aire: Heliasta, 2005.
- Carbonell Miguel. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,
- Carbonell, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Comanducci, Paolo. “Modelos e Interpretación de la Constitución”, *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Cueva Carrión, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2010.
- De Ángel Yáñez, Ricardo. “Algunas consideraciones previas sobre Constitución y Derecho Privado”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2008.
- Diccionario Real Academia Española. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adecuado

- Estrada, Alexei Julio. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Ferrajoli, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías*. S/L: Editorial Trotta, 2001.
- Gangotena Guarderas, Arturo. *De la Constitución a la no Constitución*. Quito: Cevallos, 2010.
- García Amado, Juan Antonio. . *La interpretación constitucional*. Disponible en http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=urldata&blobnocache=true&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=736%2F391%2FArticulo_2%231.pdf&ssbinary=true&blobheadername1=Content-Disposition:&blobheadervalue1=attach
- García Amado, Juan Antonio. “Prólogo”. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Jorge Zavala Egas. Guayaquil: Edilex, 2010.
- Guastitni, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Trota, 2008.
- Gustavo, Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- Landa, César. “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia. “La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké,
- Masapanta, Cristian. “El juez garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del constitucionalismo ecuatoriano”. *Debate Constitucional*. Luis Fernando Torres. Quito: Cevallos, 2010.
- Melis Valencia, Christian. *Derechos de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una Configuración dogmático-jurídica*. Disponible en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf

- Mendoza Escalante, Mijail. “La aplicación de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate*. Beatriz Espinosa Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2008.
- Mijangos y González, Javier. “The Doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona: 2008. Disponible en http://www.indret.com/pdf/496_en.pdf.
- Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- Olano, Hernán Alejandro. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2009.
- Perano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.
- Prieto Sanchís, Luis. “Constitucionalismo y Garantismo”. *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Fernández Ciudad: Editorial Trotta, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Sagües, Nestor Pedro. *Los principios específicos del derecho constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, S/F.
- Sánchez Gil, Rubén. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Storini, Claudia. “Interpretación Constitucional, Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”. *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- Torres, Luis Fernando. “El presidencialismo constituyente y el Estado Constitucional de Montecristi”. *La Nueva Constitución del Ecuador*. Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- Villaverde, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad.” *El principio de proporcionalidad y la interpretación*

constitucional. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A., 2010.

PLEXO NORMATIVO

Código Orgánico de la Función Judicial. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

Constitución de la república del Ecuador 2008. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 7 al 22 de noviembre de 1969. Ratificada por el Ecuador el 26 de marzo de 1985.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Registro Oficial No. 52 de jueves 22 de octubre de 2009, Segundo Suplemento.

Reglamento para la sustanciación de procesos en la Corte Constitucional, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 127 de 10 de febrero de 2010.

JURISPRUDENCIA

Bundesverfassungsgericht Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 7, 198 I. Senate 1 BVR 400/ 51

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-160/10, 8 marzo 2010. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-160-10.htm>

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-649/09, 817 de septiembre de 2009. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-649-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-1217/2005. Acción de Tutela contra medicina prepagada. 24 de noviembre de 2005. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1217-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-547/1992. Acción de Tutela contra particulares Club Social-Socios. 2 de octubre de 1992. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-547-92.htm>

Corte Constitucional del Ecuador. Gaceta Constitucional No. 001. Sentencias de jurisprudencia vinculante. Publicada en el Segundo Suplemento, Registro Oficial No. 351. Miércoles, 29 de diciembre de 2010. Párrafo 20. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.ec/images/stories/pdfs/gaceta_001.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo). Caso sobre la desaparición y asesinato de Nicholas Blake. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto Razonado Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de 22 de octubre de 1999 (Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto Razonado, Caso Blake vs. Guatemala.. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

United States Supreme Court of Justice. Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB (00-1595) 535 u.s. 137 (2002) 237 f.3d 639, reversed. Disponible en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1595.ZS.html>

